This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY

Received FEB 3 1915

OS ACTOS INCONSTITUCIONAES

DO

CONGRESSO E DO EXECUTIVO

DO MESMO AUCTOR

A liberdade religiosa. Conferencia no Valle dos Benedictinos, 21 de julho, 1876. No *Boletim do Grande Oriente do Brasil*, ns. 5–8, 1876, pags. 670–700.

O Papa e o Concilio, por JANUS. Versão e introducção de R. B. Rio, 1877.) ꝓclxxxv–308.

Reforma do ensino secundario e superior. Parecer e projecto na camara dos deputados em 1882 (Rio, 1882), 1 vol. in-fol., 114 pags.

Reforma do ensino primario. Parecer e projecto na camara dos deputados, 1882. (Rio, 1883.) 1 vol. in-fol., 378 pags.

Emancipação dos escravos. Parecer em nome das commissões de orçamento e justiça civil. (Rio, 1884.) 1 vol. 114 pags.

Lições de coisas, de CALKINS. Versão e adaptação. (Rio, 1886 xxxvi–616 pags.

Eleição directa. Discurso no meeting da Bahia em 1874. Bahia, 1874.

Castro Alves. Elogio do poeta. | *Pelos escravos.* (Bahia, 1881) 70 pags.

O marquez de Pombal. Discurso em 8 de maio, 1882. Rio, 1882., 34 pags.

O desenho e a arte industrial. Discurso. (Rio, 1882.) 31 pags.

José Bonifacio. Discurso em S. Paulo. (S. Paulo, 1887.)

O anno politico de 1887. (Rio, 1888.) 152 pags.

Swift. Estudo litterario, prefixo á versão das *Viagens de Gulliver.* (Laemmert, 1888.) 44 pags.

Governo Provisorio. Relatorio do ministro da fazenda Ruy Barbosa. (Rio, 1891.) 464 pags.

Elemento servil. Discurso na camara dos deputados, 23 de julho, 1884. (Rio, 1884.)

Conferencia abolicionista no Polytheama, 7 de junho, 1885. (Bahia, 1885.)

A situação abolicionista. Conferencia, 2 de agosto, 1885. (Rio, 1885.)

Commemoração da lei de 7 de novembro de 1831. Conferencia. (Rio, 1885.)

A abolição no Brasil. Conferencia. (Rio, 1887.)

Homenagem ao ministerio Dantas. Conferencia abolicionista. (Rio, 1885.)

Discurso no Congresso Nacional, em 16 de dezembro, 1890. (Rio, 1891.)

Finanças e Politica da Republica. Discursos e escriptos, 1 vol. de 475 pags. 1892.

O Estado de Sitio, sua natureza, seus effeitos, seus limites. 1 vol de 278 pags. 1892.

RUY BARBOSA

OS ACTOS INCONSTITUCIONAES

DO CONGRESSO E DO EXECUTIVO

ANTE

A JUSTIÇA FEDERAL

CAPITAL FEDERAL
COMPANHIA IMPRESSORA
7 — Rua Nova do Ouvidor — 9

1893

S
BRA
962.2
BAR

For IX
BR38

FEB 3 1915

ACÇÕES CIVIS

DOS

REFORMADOS E DEMITTIDOS

PELOS

Decretos de 7 e 12 de Abril de 1892

RAZÕES FINAES

EM PRIMEIRA INSTANCIA

Nas acções de reparação civil, que, em obediencia a um alto dever, absolutamente desinteressado, iniciei, perante a justiça federal, em nome dos brasileiros prejudicados pelos actos arbitrarios de abril de 1892, os principios, que hão de reger a solução do litigio, são, no substancial, os mesmos, através das variações accessorias, que agrupam os meus constituintes em series differentes.

Uns são militares.

Outros, paisanos.

Dos militares, uns pertencem ao exercito de terra ; outros, ao de mar ; o que, em pontos secundarios, os subordina a disposições legislativas tanto ou quanto diversas.

Os militares, como taes, perderam sómente a effectividade dos postos, feridos assim, pela reforma forçada, no direito, constitucionalmente perpetuo, á integridade das patentes. Os civis

viram-se esbulhados, em todas as suas vantagens, de cargos, nos quaes a Constituição lhes assegura a vitaliciedade.

Parte delles recebeu o golpe durante o estado de sitio; parte, antes delle, sem esse verniz, sequer, de pretexto cohonestativo.

Mas, sob essas diversidades superficiaes, o estôfo da questão é o mesmo em todas as causas, quer as encaremos no que respeita aos fundamentos da acção, quer no que toca ás objecções da defesa.

A acção, em todos esses pleitos, estriba nas mesmas regras constitucionaes que affiançam indistinctamente a estabilidade ás patentes militares, a inamovibilidade ás funcções civis de caracter vitalicio ; argúe de infracção dessas regras organicas da sociedade nacional as resoluções do executivo, fulminadas contra os meus constituintes ; firma-se no prejuizo material infligido aos Auctores por essas medidas arbitrarias do governo, para reclamar, contra seus effeitos, a tutela da justiça, apoiando-se na consideração de que esses actos são inconstitucionaes, de que actos inconstitucionaes são actos nullos, de que actos nullos não surtem resultado legal, e de que, para conhecer dessas nullidades, pronunciando-as, a auctoridade competente, no regimen adoptado pela Constituição de 24 de fevereiro, é a dos tribunaes federaes.

Por sua parte, ao revez, a defesa recusa categoricamente aos tribunaes essa competencia, allegando que as reformas decretadas pelo presidente da Republica aos 7 de abril do anno passado se legalizam com a moção parlamentar de janeiro anterior, em cujos termos o poder administratrativo ficara auctorizado a empregar as deliberações mais energicas, para assegurar a ordem; que as reformas e demissões vibradas em 12 de abril de 1892 exprimem apenas o uso curial das faculdades extraordinarias conferidas ao executivo pela declaração do estado de sitio; que, sendo essas providencias meios de acção de alta policia politica, representam attribuições "soberanas", absolutas e irreparaveis em seus effeitos, a não ser por deliberação da propria auctoridade que as resolveu.

Este systema de raciocinio, especie de orbita cometaria, que foge, alongando-se, a perder de vista, do curso das leis da nossa harmonia constitucional, obriga-me a tomar o assumpto no seu complexo, qual elle se ramifica, atravez de todas as diversificações subalternas, pelas varias acções intentadas, mostrando que a defeza renega o nosso direito politico em suas bases elementares, em seus elementos sagrados. Com este intuito, procurarei evidenciar:

que a inviolabilidade das patentes e dos empregos vitalicios pertence á classe dos direitos

individuaes, consagrados pela Constituição republicana;

que taes direitos não podem ser alterados, senão em virtude de deliberação constituinte;

que, a terem as camaras esse poder, só poderiam delegal-o por acto legislativo, mediante os tramites competentes, que não são os das moções da especie alludida, enxerto espurio nos canones do nosso regimen;

que, não assistindo, porém, ás legislaturas ordinarias a prerogativa de reduzirem, ainda por meio de leis, o estado de direito firmado pelo pacto federal, o voto parlamentar de 21 de janeiro não legaliza os actos espoliativos de 7 de abril;

que o estado de sitio não suspende a Constituição, mas unicamente as garantias limitadas por ella ao definir esse recurso extraordinario de governo, e, não estando entre essas a vitaliciedade das funcções inamoviveis, exorbita de nosso direito constitucional o arbitrio que a violou;

que, conseguintemente, a approvação do estado de sitio pelo Congresso deixa a descoberto as demasias desse arbitrio, não assistindo á legislatura a faculdade de attribuir ao executivo competencias, que a Constituição não reconhece a nenhum dos poderes do Estado;

que, por consequencia, a nullidade desses

excessos, perante a Constituição, é manisfesta e irrecusavel;

que os tribunaes não têm auctoridade. para os *revogar*, mas têm-n'a, indubitavelmente, para *lhes negar execução*, e manter contra elles o direito dos individuos, quando o caso fôr submettido á justiça, em acção regular, pelos prejudicados;

que este direito de examinar a constitucionalidade dos actos legislativos, ou administrativos, é a chave de nosso regimen constitucional, seu principio supremo;

em summa, que as acções propostas emanam de um direito superior á força de todos os poderes constituidos, e correspondem a uma obrigação dos tribunaes, rudimentar no regimen americano, que é o nosso.

No trabalho desta investigação, os varios casos particulares, tractados cada qual no seu feito, são modalidades, ora ligeiramente díspares, ora identicas, do mesmo abuso, de um attentado multiplo, a que o criterio juridico depara a mesma reparação. Pareceu-me, pois, enfeixar em um só estudo a apreciação geral de todas as especies individuaes, ainda que, num ou noutro tópico, daquelles em que se estabelece a dissemelhança, o arrazoado commum se desvie das circumstancias peculiares a cada lide. Essa leve irregularidade não tem inconvenientes; mas della, em

compensação, resulta a vantagem de monographar-se num só quadro o exame integral da materia, ramificada em tamanho numero de pleitos, simplificando-se dest'arte o objecto da controversia e a tarefa da justiça, que aliás teria de arrastar-se fastidiosamente atravez de repetições infindaveis.

Por outro lado, esta unificação do debate me permitte ventilar mais a fundo as questões capitaes, em cujo desenvolvimento me vejo obrigado a entrar na mais larga explanação, attenta, de uma parte, a relevancia excepcional de seu objecto, assim como a sua novidade, agora encarada pela primeira vez no fôro brasileiro, de outra a attitude radical da defesa, impugnando, com uma segurança digna das boas causas, verdades, que, em nosso organismo politico, constituem a substancia de seu tecido elementar.

Não entreveja o honrado procurador da Republica nas minhas palavras, por mais aspera que seja a sua vibração, o menor toque de desconsideração, ou desestima, pela sua pessoa. Está na minha indole a sympathia pelo merecimento; e, quando ao merecimento se associa a mocidade, essa attracção toma naturalmente, em meu espirito, as proporções da indulgencia admirativa. No calor, ou na severidade de minhas apreciações não se enxergue, pois, senão a aversão impessoal aos erros, a que accidentalmente se liga, neste

momento, o nome do joven magistrado, de cuja individualidade abstraio, para poder combater com liberdade os seus paradoxos.

Cada profissão tem suas preoccupações de officio, que muitas vezes podem mais do que a vontade dos que a exercem. Não sei si não seria á exigencia de uma dessas tradições imperiosas, transmittidas, por herança do cargo, na successão do ministerio publico entre nós, que obedeceu insensivelmente o nobre representante da justiça, na composição da theoria constitucional, com que advoga os interesses de sua cliente. Outros exageraram, talvez injustamente, contra o meu oppugnador, o alcance de seu passo, requerendo instrucções e ordens ao ministerio da fazenda, para cumprir os seus deveres nestes processos. Aliás essa diligencia era, pelo menos, ociosa, senão estranhavel. No simile, porém, que, em justificação delle, procurou estabelecer entre as suas relações professionaes com a Fazenda e as da advocacia ordinaria com a sua clientela, transluz o preconceito vulgar sobre o papel dessas funcções, trae-se a intelligencia imperfeita de sua verdadeira dignidade legal. O orgam da justiça publica não é um patrono de causas, interprete parcial de conveniencias, coloridas com mais ou menos mestria: é, rigorosamente, a personificação de uma alta magistratura. A lei não o instituiu solicitador das pretensões contestaveis

do erario, de seus interesses injustos: mandou-o, pelo contrario, em todos os feitos, onde servisse, "*dizer do direito*" [1], isto é, trabalhar imparcialmente na elucidação da justiça.

Dessa trilha creio que se desviou, mais do que seria desculpavel, o nobre procurador da Republica na contestação de fl., onde se accentua na intransigencia de suas prevenções a paixão exclusivista do advogado. Sophismas, que o interesse politico, na tribuna tempestuosa dos partidos, soprara desabrido, combatendo pelo poder, e que deixaram no animo do paiz as mais desagradaveis impressões, renascem, desmedidamente avultados, como atravez de um vidro ampliatorio, nas allegações do representante official da justiça. Entre os que mais se assignalaram, com effeito, em ensanchar liberdades ao executivo no uso do estado de sitio, e preconizar a auctoridade absoluta do Congresso no exame da constitucionalidade dessa medida, ninguem tentou roubar á justiça o direito de manter as garantias individuaes contra desmandos administrativos, anteriores ao estado de sitio, ou essencialmente alheios á sua natureza constitucional, ainda que perpetrados no seu decurso; ninguem disse que

---

[1] " Compete ao procurador da Republica, na secção:
" *a*) promover e exercitar a acção publica, funccionar e dizer de direito em todos os processos criminaes e causas que recaiam sob a acção da justiça federal. " Decr. n. 848, de 11 de out. de 1890, art. 24.

a sancção *politica* das camaras ao acerto da *politica* do governo na applicação desse instrumento repressivo annulle o direito ás reivindicações *de ordem civil*, em defesa do patrimonio particular, estribadas nas clausulas da carta federal, que ella positivamente elevou acima da acção de todos os poderes.

Felizmente o Supremo Tribunal Federal, em sua sentença de 27 de abril de 1892, proferida no *habeas-corpus* requerido por mim, resalvou as attribuições do poder judicial para depois do juizo politico do Congresso e, até, a interferencia dos tribunaes, para julgarem das imputações irrogadas aos accusados [1]; o que *a fortiori* envolve a asserção de sua competencia, na materia civil, para a reintegração de direitos constitucionalmente inviolaveis, cuja perda se traduz em lesão material á propriedade particular. Essa affirmativa peremptoria da suprema justiça nacional, declarando que, depois de funccionarem as camaras, para julgar o procedimento do governo, "*deviam*" funccionar os tribunaes, para julgar os cidadãos por elle accusados, quer dizer que o uso da funcção politica, ainda que absolutamente regular,

---

[1] "Considerando que, *antes do juizo politico do Congresso*, não pode o poder judicial apreciar o uso que fez o presidente da Republica daquella attribuição constitucional...

"Considerando que a cessação do estado de sitio não importa, *ipso facto*, na cessação das medidas tomadas dentro delle, as quaes continuam a subsistir, *emquanto os accusados não forem submettidos, como devem*, aos tribunaes competentes..."

não importa nunca a privação definitiva de direitos individuaes. Pronunciada pela representação nacional a absolvição mais plenaria dos decretos de abril, ainda assim, reza o accordão, os individuos sujeitos á acção daquelle acto não poderiam continuar presos, ou desterrados: teriam de comparecer, para se defenderem, perante a justiça, quando não fossem logo soltos pelo poder, que os accusara. Dest'arte firmou-se judicialmente, num aresto memoravel, o principio de que as immunidades individuaes, abrangidas pela Constituição de fevereiro em sua declaração de direitos, não se destroem por actos do poder executivo, ou do legislativo. Ora, a vitaliciedade das patentes e dos cargos inamoviveis tem sua consagração, lado a lado com a da liberdade pessoal, no mesmo capitulo da Constituição republicana.

Esta consideração bastaria, ao que me parece, para assegurar de plano o triumpho a esta causa, e prevenir contra as seducções da imaginação politica o respeitavel orgam da justiça. O proprio sol, sôltas as redeas á phantasia das divagações, contavam os antigos que incendiara o mundo. Não se agastará, pois, commigo o nobre procurador da Republica, si eu lhe disser que a carreira impetuosa de seu talento atravez destes autos me relembrou o episodio ovidiano. Ao encontro de suas doutrinas inauditas nada nos ficou das bases

dessa Constituição malaventurada; porque as bases da Constituição republicana consistem na supremacia da lei fundamental sobre todas as leis e sobre todos os poderes, na limitação estricta da auctoridade da legislatura e da auctoridade da administração ás suas fronteiras escriptas, na impenetrabilidade da muralha de garantias, que protegem o individuo com o circulo de sua cinta acastellada de formas solemnes e de tribunaes tutelares, na intervenção reparadora das justiças da União em todos os casos de violencia ao direito constitucional, desça ella de que alturas descer. Todas estas trivialidades constitucionaes, que resumem a essencia do pacto republicano, seriam meramente palavras ôcas, si a argumentação da Fazenda, nestes autos, fosse defensavel. Levando as suas negações até os alicerces do nosso direito constitucional, o procurador da Republica obriga-me a levar até o chão raso, isto é, até os elementos mais elementares, a refutação dessa phantasia juridica. A evidencia carece reduzida agora a demonstração. Os axiomas invocam o concurso da analyse, que deveria presuppôl-os. Em taes condições, não me pode caber a responsabilidade da dilatação, que este arrazoado vai soffrer.

Nesta excursão pelas novidades de um regimen inteiramente sem passado entre nós, atravez dos artificios, com que as conveniencias e os infortunios de uma epocha anormal lhe vão sola-

pando o solo, e cavando-lhe mina a mina o esboroamento, nossa lampada de segurança será o direito americano, suas antecedencias, suas decisões, seus mestres. A Constituição brasileira é filha delle, e a propria lei nos poz nas mãos esse foco luminoso, prescrevendo, nos artigos organicos da justiça federal, que "os estatutos dos povos cultos, especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity* serão subsidiarios da jurisprudencia e processo federal." [1]

[1] Dec. n. 848, de 11 de out. de 1890, art. 387.

Limitação constitucional dos poderes

Si actos do executivo demittindo funccionarios indemissiveis, reformando militares irreformaveis, se tornassem validos por auctorização prévia, ou ratificação ulterior do Congresso, assentada estava a regra de que o governo, com o concurso das duas camaras, põe e dispõe dos direitos individuaes. E' a formula mais absoluta da omnipotencia da legislatura, senão da omnipotencia do chefe do estado, servido por uma chancelaria parlamentar.

Tal, entretanto, em seu arcaboiço, a theoria constitucional do meu antagonista, a summa, a resultante, o substractum de suas allegações. Bem pode ser que não lhe apraza vel-a sob esta fórma chã. Mas a culpa não me cabe: é o esqueleto da sua opinião, desataviado.

Essa opinião, porém, assentará no direito brasileiro?

Paizes ha, onde a Constituição não resae das outras leis senão como as cumiadas mais altas de uma serrania entre as eminencias inferiores. Para esses, a Constituição é o conjuncto dos actos ordinarios do parlamento legislando sobre as

necessidades organicas do governo. Este o caso da Inglaterra. N'alguns, diversamente, a Constituição se formúla em um facto historico, em um corpo de principios superiores e fixos, sujeito, porém, á acção erosiva das correntes parlamentares, que podem modifical-o mais ou menos profundamente, sem pontos de resistencia n'outro poder contra essas transformações do direito fundamental. E' a hypothese de varias monarchias européas. N'outros, emfim, a Constituição fortificou-se entre as suas proprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circumferencia o poder judicial como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse effeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da politica, ou da multidão: as reformas constituintes. Esta a situação dos Estados Unidos, a nossa e a de varias republicas americanas.

Na Inglaterra, que é o typo do primeiro genero, outr'ora extensivo á Europa toda, hoje insulado n'aquelle paiz, "o que se appellida estatutos constitucionaes, desde a Magna Carta e o Bill dos Direitos, são puras leis ordinarias, que o parlamento poderia abrogar, quando lhe parecesse, exactamente como revogaria uma lei de viação, ou reduziria o imposto sobre o fumo. Creou-se o habito de falar na Constituição britannica, como se fosse coisa Concreta e definida. Mas na

Inglaterra não ha Constituição, como objecto distincto das outras especies de leis: ha apenas uma congerie juridica, em parte composta de actos legislativos, em parte de arestos e usos correntes, que outros arestos e outros actos legislativos incessantemente vêm modificar". [1]

Claro está que, neste systema, no qual, em 1830, THIERS e GUIZOT estavam de accôrdo, e que, sob a influencia da propagação ingleza, se corporificou na carta da monarchia de julho, "uma deliberação do parlamento nunca poderia ser inconstitucional, no sentido estreito da palavra". [2] O poder constituinte, alli, "não se separa do poder constituido". [3] Depositario do poder popular em sua plenitude, synonimo da propria nação, cuja vontade encarna em si [4], o parlamento aboliria, se quizesse, a egreja, a camara dos lords, a corôa, a si mesmo. [5] No uso dessa auctoridade absoluta, "sem freio, nem contraste" [6], sua jurisdicção, na phrase classica, é de "tal transcendencia, que não tem raias, quanto á materia, ou quanto a pessoas". [7] "Seus erros de ninguem

---

[1] BRYCE: *The American Commonwealth*, 1st ed., I, pag. 323.
[2] WILLIAM PULEY: L. VI, c. VII. Apud. ROD CALAMANDREI: *Monarchia e republica rappresentat.* (Torino, 1885), pag. 53.
[3] *Hist. du dr. et des instit. de l'Anglet. comparés.* (Par., 1883), tom. VI, pag. 46.
[4] BRYCE. I, pag. 336.
[5] *Ibid.*, pag. 324.
[6] ORLANDO: *Stud. giuridici sul governo parlament.* (Bologna, 1886), pag. 24
[7] ED. COKE, 4, *Inst.* 36.

senão delle mesmo podem receber emenda." [1] Só não lhe é dado, na expressão de BLACKSTONE, o "naturalmente impossivel". [2] Sob a sua prerogativa, legislação e soberania são termos conversiveis (*sovereignty and legistature are convertible terms*). [3] Sua vontade "pode mudar a Constituição, como Deus creou a luz." [4]

Essa omnipotencia theorica encontra, todavia, no dominio da realidade, fronteiras efficazes. Os auctores têm-lhe indicado certos limites, averbando como invalidos os actos parlamentares, quando se opponham á moral, ao direito das nações [5], aos principios fundamentaes da *Magna Charta*. Lord COKE [6], juiz supremo do *King's Bench*, sentenceou que o direito consuetudinario limita os actos do parlamento, e ás vezes os priva de validade, quando repugnantes á razão (*common right and reason*). [7] Lord HOBART, outro *chief-justice*, e, com elle, mais tarde, lord HOLT, declararam que os actos do parlamento são irritos, quando contrarios á equidade natural,

---

[1] MAY: *Law of Parliam* (9th ed.), pag. 43.
[2] BLACKSTONE: *Comment.*, introd., § 2.
[3] DE LOLME: *Const. of England*, l. II, c. III, (ed. de 1853) pag. 157: "The legislative power can change the constitution, as God created the light".
[4] FRANQUEVILLE: *Le gouvern. et le parlem. britann.*, tom. I (Par., 1887), pag. 81-2.
[5] CALAMANDREI, *loc. cit.*
[6] UGO: *Sulle leggi incostituzionali* (1887), pag. 56.
[7] HEARN: *The Govern. of Engl.*, c. II, pag. 48. KENT: *Comment. of American Law* (ed. de 1867), vol. I, pag. 485.

porque *jura naturæ sunt immutabilia, sunt leges legum.* [1] Mais de uma vez, na historia constitucional de Inglaterra, especialmente durante o seculo dezoito, a humanidade dos tribunaes vingou a honra do paiz, espontando as armas de perseguição legislativa forjadas contra dissidentes e catholicos por parlamentos intolerantes. [2] Não raros exemplos se encontram alli, desde éras antigas, em que os juizes aboliram praticamente certas leis. [3] E, comquanto, ha muito, os tribunaes tenham aberto mão desse arbitrio, até os nossos dias "continua a vigorar como principio cardeal na legislação ingleza a doutrina de que a legislatura é obrigada a acatar os direitos individuaes." [4]

De facto, pois, em certo sentido, a Inglaterra não deixa de ter a sua Constituição, que determina plagas á soberania do parlamento. Ella está na tradição nacional, que naquelle paiz tem uma realidade viva. " Maximas ha, que o soberano sóe observar, e a que a sociedade no geral adhere", diz um dos mais insignes mestres de jurisprudencia, que aquelle paiz tem produzido. [5] "Si as leis, ou os actos do soberano collidem com ellas", continua

---

[1] Hugo: *Leggi incostit.*, pags. 194, 195.

[2] Glasson: *Op. cit.*, vol. III, pags. 195-7, IV, pags. 167, 199, 203, 206. — Hallam, *The const. history of Engl.*, c. I.

[3] Lawrence Lowell: *Essays in government*, 1889, pag. 170.

[4] Glasson: *Op. cit.*, vol. III, pag. 195-7, IV, pag.s. 167, 199, 203, 206.— Hallam: *The const. history of Engl.*, c. I.

[5] Lawrence Lowell: *Essays in governmewt* (1889), pag. 170.

AUSTIN [1], "esses actos, ou leis, podem se qualificar de *inconstitucionaes*. As leis retroactivas, por exemplo, denominadas *acts of attainder*, poder-se-hiam taxar de *inconstitucionaes* (se bem que no rigor legal o não sejam); porque contradizem uma norma de legislação tradicionalmente observada pelo parlamento e adoptada pela communhão britannica em sua generalidade". [2] O sentimento publico e o costume dos tribunaes revestiram certos direitos de uma inviolabilidade, que os legisladores não ousariam arrostar. Esse costume não se estabeleceu, de certo, senão com o assenso tacito da legislatura; porque os tribunaes inglezes apenas declaram a lei: não a constituem. [3] Mas, uma vez assimilados á moralidade social, servem de directorio legislativo ao proprio parlamento, "contido pela opinião, que não permittiria votar certas leis, ou se insurgiria, si as votassem." [4] Daqui o dizer um jurisconsulto inglez, dos que mais e melhor se têm occupado com a organização politica daquelle

---

[1] "One of the most eminent professors of jurisprudence, that this country has produced." *Times*, 12 ag. 1867.

[2] JOHN AUSTIN: *Lectures on jurisprudence*. (Lond., 1885). vol. I, pag. 266.

[3] JOHN STUART MILL: *Dissertations and discussions*. (Lond., 1875), vol. III, pag. 237: "There is law which the legislature has never expressly announced, but which is, with its tacit consent, made by tribunals which are not regularly authorized to enact law, but only to declare it."

[4] FRANQUEVILLE, vol. I, pag. 82.

paiz [1], que "a inculcada omnipotencia do parlamento é quasi uma contradicção nos termos; pois, havendo, na Constituição, elementos estaveis, assim como ha elementos variaveis, obvio é que, si o parlamento puzer a mão na parte estavel, onde se embebem as raizes de sua propria existencia, commetterá imprudencia de suicida."

Não se creia, pois, que a ausencia de uma Constituição formal signifique, na Inglaterra, carencia de vinculos restrictivos á acção dos representantes do povo. Um dos constitucionalistas modernos que mais *ex-professo* se têm occupado com o assumpto, e que mui de espaço se demora em mostrar a incompetencia da justiça naquelle paiz como orgam de resistencia aos excessos da legislatura, confessa, todavia, que não deixa de haver freios poderosos ao parlamento inglez *(non si deve però ritenere che il parlamento inglese manchi di freni)*. [2] "Os grandes principios consagrados pela *common law*", diz elle, "estendem seu imperio e suas obrigações até o parlamento; e algumas limitações tem este creado a si mesmo, em certas clausulas, por exemplo, dos actos de união com a Escocia e a Irlanda em 1706 e 1800, assim como na de não poder tributar as colonias, estatuida pela lei de 1778, a chamada

---

[1] Sheldom Amos: *Fifty years of the english Constitution.* (Lond., 1880), c. II, pag. 14.

[2] Gio. Battista Hugo: *Leggi incostituzionali*, pag. 59.

Magna Carta Colonial. Além de que tambem obrigam o parlamento as garantias instituidas nas leis supremas, em virtude do principio de que um direito garantido contra um poder se deve egualmente reputar garantido contra os outros, como provam os casos do direito de resistencia." Esse direito, affirmado, contra o rei, na Magna Carta, em 1215, e no triumpho da revolução de 1688, considera-se existente, no sentir dos melhores auctores, contra todos os poderes do Estado. [1]

Como quer que seja, porém, ainda que sob todas estas sancções e condições, o poder constituinte, o poder de crear e reformar a Constituição, é exercido, naquelle reino, pela legislatura ordinaria, que o practica sob a fórma de leis ordinarias, sem outros requisitos de processo além dos instituidos a respeito destas. Si um parlamento pudesse divorciar-se do sentimento nacional, ao ponto de confundir as funcções da justiça com as do executivo, subordinar o direito de reunião á auctorização prévia do governo, estabelecer a electividade da magistratura, dar á milicia a escolha de seus officiaes, ou retirar aos tribunaes ordinarios os crimes de ordem commum perpetrados por militares, a inconstitucionalidade de taes leis, seu conflicto com esse espirito de

[1] *Ib.* pag. 62.

liberdade, que é a expressão geral do direito politico na Inglaterra [1], que fórma, por assim dizer, a sua Constituição immanente, não teria paradeiro, não encontraria solução em nenhum dos poderes constituidos. Só a reacção da vontade nacional pelos meios moraes, pelas urnas populares, ou pela revolução, poderia reequilibrar a tradição juridica, abalada pelo legislador. E, si não fossem esses tres contrapesos, dos quaes os dois primeiros acabaram por inutilizar o ultimo, si elles não representassem, na doutrina constitucional, assim como na pratica, um poder, o poder que sobrepaira aos outros, e os refreia a todos, o inglez não poderia ensoberbecer-se, como se ensoberbece, de que "o governo de Inglaterra nunca foi theoricamente o despotismo". [2] O governo de Inglaterra seria, em principio e de facto, o despotismo do parlamento.

O regimen americano é a antithese deste. "Na Inglaterra os grandes poderes politicos não são no minimo grau creaturas de um poder constituinte; porquanto a existencia delles precede a de qualquer acto constituinte, que se conceba. Seu titulo não é uma vontade expressa, regular, e distinctamente manifestada em certo dia, mas

---

[1] Brougham: *The British Constitution* (Edimb., 1873), c. XVII, pag. 285.

[2] *Essays introductory ts the study of Engl. Constit. History by resident members of the University of Oxford.* Ed. by H. O. Wakeman amd A. Hassall. (London, 1887). Ess. IV, pag. 159.

uma antiga posse de facto, que, no correr de seculos, não soffreu turbação. Seu fundamento está fóra de toda e qualquer lei de organização, solemnizada com o sello da soberania nacional. Está, por consequencia, fóra da Constituição, no significado francez desta palavra. E, si esses poderes nella figuram, não é porque ella os institua, ou consagre; é, ao revez, porque elles a engendraram. A Constituição, alli, não vem a ser mais do que a evolução successiva de um ajuste de fronteiras entre essas forças immemoriaes, que, coexistindo lado a lado, se estendem, se estreitam, se encontram, reagindo e transigindo incessantemente entre si." [1] No systema dos Estados Unidos, pelo contrario, servindo-me da expressão de um publicista francez a respeito da França [2], o poder legislativo é obra da Constituição. "Sendo a Constituição," dizia, acerca da americana, um de seus principaes auctores, "sendo a Constituição derivante de uma auctoridade superior á legislativa, cabe a esta apenas expôl-a, e obedecer-lhe, não regel-a, ou alteral-a." [3] Quasi quarenta annos antes, em 1795, o juiz PATERSON, no estado de Philadelphia, rejeitando uma lei do congresso, por avêssa á Constituição, disse: "A Constituição

---

[1] BOUTMY; *Études de droit constitutionnel* (1885), pags, 229-30.
[2] HELLO; *Du régime constitutionnel*, part, 2ª, c, I,
[3] MADISON, carta a C, J, Ingersoll, em 1831, Apud STORY; *Commentaries on the Const, of the Unit. States*, (Ed, de Boston, 1891) vol, I, pag, 389,

é a lei suprema; sua dignidade prevalece á da legislatura; só a autoridade, que a fez, poderá mudal-a; o poder legislativo é creatura da Constituição; deve á Constituição o existir; recebe os seus poderes da Constituição; e, pois, si os actos delle não conformam com ella, são nullos." [1]

A nossa politica de phraseologia, a nossa ausencia de educação juridica, os vicios francezes de nossa disciplina intellectual levam-nos a confundir a nação com as assembléas representativas, e a usar indifferentemente da palavra *soberania*, quando nos referimos ao povo, ou quando nos referimos ao corpo legislativo. "A revolução avesou-nos ao despotismo das assembléas" (dizia LABOULAYE aos constituintes de 1871), "e apenas de hontem para cá é que se principia a falar, entre nós, em limites ao Estado. Si, entretanto, olharmos para a historia, veremos que o progresso da liberdade é simplesmente uma reducção successiva do governo." [2] "Os francezes" (poderiamos dizer os brasileiros) "vêem nas camaras a voz da nação; e, como nada póde coarctar a vontade nacional, tambem nos parece que nada póde limitar a auctoridade legislativa das assembléas. Identificamos o mandatario e o mandante, deploravel confusão, que confisca a soberania nacional

---

[1] KENT; *Commentaries* I, pag, 489.
[2] ED, LABOULAYE; *Questions constitutionelles* (1872), pag, 387.

em proveito de alguns homens, entregando-lhes o paiz á mercê. Para os americanos, ao contrario, a soberania é inalienavel; os deputados têm apenas um poder subalterno e derivado; nunca lhes seria dado esquecer que o povo é o seu soberano, e que não lhes assiste direito nenhum de excederem o mandato por elle conferido. Esse mandato é a Constituição." [1] Numa palavra, conclue esse eminente espirito, "todo o systema politico dos americanos assenta no principio de que ha uma lei, a que o legislador está submettido. Essa lei, *dirigida contra a omnipotencia das assembléas*, é a Constituição." [2]

E' a essa doutrina fatal da omnipotencia das assembléas, doutrina anachronica e contraria ao nosso direito escripto, que se aferra o nobre procurador da Republica, avocando para o Congresso o direito de annullar, por meio, não só de leis, como de simples moções, isto é, por acenos de seu poder, sem ao menos a fórma do processo legislativo, os direitos constitucionaes do individuo. Talvez o espante agora a disformidade do erro, a que o levou o zelo pelas conveniencias de sua constituinte, muito mais interessada aliás em que lhe preservem a integridade da Constituição, paladium necessario dos verdadeiros interesses nacionaes.

---

[1] *Ib.*, p. 385.
[2] *Ib.*, p. 388.

Mas, em que lhe pese, esse é o erro do meu contradictor, erro irrelevavel deante da Constituição de 1890. SISMONDI [1], ha meio seculo, profligava como palmar a confusão "da soberania, que estabelece as proprias bases da sociedade, *com a acção popular exercida nas fórmas predeterminadas pela Constituição.*" O ministerio publico no Brasil, anno 1893, em face da Constituição americana, cuja imagem é a nossa, da opulencia de seus commentarios, de seus arestos, de seus livros elementares, dispensa ás maiorias, para revogarem a Constituição, condições que esta preestabeleceu até para a votação das leis triviaes.

Magistrado do regimen americano, o nobre procurador da Republica fala como um funccionario da Convenção. A contrariedade firmada por elle é um documento da escola revolucionaria franceza, contraposta á escola americana, de que a minha petição se inspira nos principios fundamentaes. Na primeira dessas escolas, entre as quaes medeia o mesmo abysmo que entre o jacobinismo de 1792 e o americanismo de 1789, "a assembléa é soberana por delegação do povo soberano." Na outra "a soberania não se delega; está sempre nas mãos do povo; porque a soberania de uma assembléa seria forçosamente a

[1] *E'tudes sur la constitution des peuples libres*, pag. 259.

negação e a ruina da soberania nacional." Numa, "o poder judiciario depende inteiramente da assembléa." Na outra "o poder judicial é de todo em todo independente della, a Constituição domina as leis, os tribunaes guardam a Constituição." Na primeira, "é illimitada a competencia das assembléas." Na segunda, "a competencia destas é restrictamente limitada na Constituição, pela qual lhes é absolutamente defeso tocar na liberdade religiosa, na liberdade individual, na liberdade de imprensa, no direito de reunião, no jury" [1], nas outras instituições fundamentaes.

Os auctores de nossa Constituição, em cujo nome tenho algum direito de fallar, não eram alumnos politicos de ROUSSEAU e MABLY, como o nobre procurador da Republica: eram discipulos de MADISON e HAMILTON. Não queriam essa illusoria soberania do povo, da qual dizia o insigne professor de legislação comparada no Collegio de França que nunca foi, em seu paiz, "senão um grito de guerra explorado por ambiciosos". E, sabendo que essa soberania tumultuaria, inconsciente e ludibriada "não serve senão para destruir" [2], querendo utilizar com sinceridade a soberania do povo como peça regu-

---

[1] LABOULAYE: *Quest. constit.*, pags. IV–VII.
[2] LABOULAYE: *Quest. constit.*, pag. 294.

lar, como força conservadora no mecanismo politico, embeberam a sua obra exclusivamente no exemplo americano; porque a doutrina das revoluções francezas, onde a democracia apparece apenas como um nome, cobrindo as oligarchias demagogicas, deixa no povo simplesmente a ficção da soberania, cuja realidade se absorve a beneficio das assembléas legislativas.

Ora, os americanos, nosso padrão nesse trabalho, que hoje rege o paiz (ao menos nominalmente), sempre se distinguiram por "um profundo apego á liberdade individual e uma desconfiança invencivel contra todo poder, fosse qual fosse. Aos seus olhos, as assembléas electivas não offereceriam mais segurança do que um rei hereditario, e o arbitrio de umas não é menos formidavel do que o absolutismo do outro. Estava-lhes em mente a lembrança da resistencia, que tinham tido que oppôr ao parlamento inglez, em defesa de seus direitos e interesses. Deante delles se erguia a memoria do monstruoso egoismo e da nescia obstinação, com que lords e communs se avieram por tanto tempo em sua politica colonial. E sentimentos tão vivazes não podiam deixar de exercer accentuada influencia na Constituição dos Estados Unidos". [1]

---

[1] DUPRIEZ: *Les ministres dans les principaux pays d'Europe et d'Amérique*, vol. II (1893), pag. 3-4.

Essa experiencia fructificativa explica a Constituição americana. Ella fizera-lhes sentir como a oppressão é a mesma, "seja o poder exercido por um só tyranno, ou por uma assembléa de tyrannos". [1] O typo constitucional da mãi patria não podia servir-lhes. Victimas dos abusos parlamentares, arrastadas por elles á revolução e á separação, as colonias americanas não podiam confiar no systema, cujos perigos tão duramente provaram. Depois, o todo, em que iam fundir-se, era uma associação de Estados, que, renunciando a soberania de corpos independentes, careciam assegurar a individualidade de provincias autonomas. A essa necessidade só poderia corresponder um pacto expresso, isto é, uma Constituição escripta; e, como ella devia abroquelar a um tempo os Estados contra a União e os individuos contra o poder, cumpria que essa Constituição se esmerasse em circumscrever a auctoridade federal, em seus varios ramos, especialmente naquelle, que, investido na funcção de fazer a lei, podia, a este titulo, invadir o contracto primitivo, e alteral-o, si este lh'o não vedasse em termos absolutos.

O que com esta immensa innovação politica lucraram os Estados Unidos, expõe-no lucida-

---

[1] "It is wholly immaterial, wether power is vested in a single tyrant, or in an assembly of tyrants." STORY: *Commentaries*, II, pag. 391.

mente um dos mais novos, mas não dos menos auctorizados commentadores da Constituição americana. "Os esforços perseverantes e victoriosos do povo inglez", diz elle [1], "no emprehendimento de reprimir o poder da corôa, resultaram em fundar a supremacia do parlamento, que, posto conservador até estes tempos, vai-se transformando com rapidez numa assembléa meramente popular, e bem poderá proceder, em relação á propriedade territorial na Inglaterra, como procedeu na Irlanda, contrariar a fé dos contractos, ou affrontar a economia politica, reduzindo a effeito as theorias socialistas. Poderes tão absolutos, não era seguro enfeixal-os numa só mão. Mas é mais facil abalizar a auctoridade de um rei do que pôr limites á soberania do povo, ou de um governo que obra em seu nome. Os fundadores do governo federal e dos governos dos Estados, porém, obviaram á dificuldade, reduzindo os principios da Magna Carta e da Petição de Direitos a clausulas, que se incorporaram á Constituição, para servir de freio assim á legislatura, como ao executivo, e não permittindo que a propria maioria do povo possa alteral-a, a não se unirem nella tres quartas partes do numero dos Estados. Dahi proveiu a subordinação da vontade

[1] Clark Hare: *American Constitutional Law*, Boston, 1889, vol. I, pag. 122.

nacional, exprimida, ou adulterada, pela legislatura, á firme deliberação nacional de que a vida, a liberdade, a propriedade serão tão garantidas contra o Congresso, as assembléas dos Estados, ou o povo destes reunido em Convenções, quanto o são, em Inglaterra, contra o monarcha."

Notae bem: a democracia americana não se contenta de premunir-se contra seus representantes: premune-se contra si mesma; abriga o povo contra as legislaturas infieis; abriga a nação contra as maiorias populares. E' o transumpto pratico, a realização politica desse ideal das democracias limitadas pela liberdade, do numero limitado pela lei, do individuo escudado contra a multidão, das minorias protegidas contra as maiorias, que preoccupa todos os conservadores, desde BURKE [1] até NOAILLES [2], todos os liberaes desde HAMILTON [3] até STUART MILL [4], todos os pensadores desde VOLTAIRE [5]

---

[1] "Whatever is supreme in a State ought to have, as much as possible, its judicial authority so constituted as not only not to depend upon it, but in some sort to balance it. It ought to give security to the justice against its power. It ought to make its judicature, as it were, something exterior to the State." BURKE: *Reflections on the French Revolution.*

[2] "Ne doit-on pas applaudir au noble éffort d'une démocratie cherchant des garanties contre elle même, par défiance de ses propres entraînements?" DE NOAILLES: *Cent ans de république aux États Unis*, vol. II, pag. 153.

[3] *The Federalist*, LXXVIII,

[4] *On Liberty.*

[5] "Voltaire ammirava *ces institutions où il n'y a aucune place à l'arbitraire*" ATTILIO BRUNIALTI: *Sul sistema parlamentare in Inghilterra* (Torino, 1886), pag. LXI.

até SCHERER [1], e que, em nossos tempos, a sociologia acaba de assimilar aos seus principios fundamentaes consolidado nas palavras de SPENCER: "Numa nação popularmente governada, o governo é simplesmente uma junta de administração. Mera commissão de gerentes, claro está que não possue nenhuma auctoridade intrinseca a si mesmo. A conclusão inevitavel é que sua auctoridade se reduz á que lhe conferirem os que o nomeam, encerrando-se precisamente nas raias que estes lhe puzerem... D'antes a funcção do liberalismo era demarcar limites á potestade dos reis. A funcção futura do verdadeiro liberalismo será limitar a discreção do parlamento." [2]

Essa aspiração da democracia conservadora na Europa é já, para os Estados Unidos, uma tradição antiga e, para nós, na letra constitucional, uma actualidade. "Para formar a Constituição de um Estado", observava DE LOLME [3], "é absolu-

---

[1] "Si la démocratie ne parvient pas à se limiter, elle est condamnée au desordre, et, comme les sociétés ne supportent jamais longtemps le desordre, la démocratie est condamnée à accepter le premier sauveur venu. Une force sans contrepoids; celui qui exerce le gouvernement indépendant de celui qui est gouverné; ce qu'il y a de plus esclave des impulsions, la foule, réduit à trouver en soi toutes les vertus nécessaires à la prospérité des sociétés, raison, prudence, empire sur soi même, telle est la terrible antinomie que la démocratie doit resoudre...

"Je ne vois pas *a priori* pourquoi la démocratie n'arriverait point à demander aux institutions des garanties contre elle même." EDM. SCHERER: *La démocratie en France* (Par., 1883), pags. 54, 75.

[2] HERBERT SPENCER: *The man versus the State* (8th ed. 1885), pag. 106-7.

[3] *The Constitution of Engl.*, l. II, c. III, pag. 156.

tamente necessario limitar o poder executivo; *mas ainda mais necessario é restringir o legislativo.*" Imbuidos neste sentir, os organizadores da Constituição executada por WASHINGTON e MARSHALL comprehenderam que, assim como acimada funcção legislativa está a soberania popular, acima da soberania popular estão os direitos da liberdade. "Ser soberano, sem ser despota" [1] era o problema. Esse problema, é a gloria dos patriarchas da independencia americana haverem-n'o resolvido, "contendo efficazmente por meio do federalismo os excessos da democracia." [2] De modo que, quando, ha tres annos, a Suprema Côrte Federal, nos Estados Unidos, celebrava o seu centenario, o orador encarregado pelo fôro de commemorar as gerações de magistrados, a que aquella instituição deve o seu esplendor, poude pôr acima de todas as suas glorias a de ser a expressão do dever illuminando o instincto, a razão nacional limpida sempre entre as reacções populares contra o direito. "Este tribunal", exclamava elle, "é a consciencia do povo, que, por se precatar contra os desvios da precipitação e da injustiça, submetteu os seus representantes ás restricções da lei suprema. E' o espirito e o

---

[1] HARE, I, pag. 123: "To be sovereign and yet not despotic."

[2] "Gli eccessi della democrazia sono efficacemente contenuti dal federalismo." ATTILIO BRUNIALTI: *Unioni e combinazioni fra gli stati compositi e lo stato federale.* (Tor., 1891), pag. CXCVI.

accento do povo em seus melhores momentos. E' a salvaguarda da minoria contra as vehemencias impulsivas da maioria." [1]

Como limita, porém, a democraria americana a acção de seus representantes ?

Não lhes permittindo tocar nas disposições constitucionaes, e subalternando-os a ellas.

E como se limita a si propria ?

Exigindo, para as reformas da Constituição, maiorias tão amplas, que não possam exprimir transportes ephemeros, obter se por influencias de partido, reflectir eclipses da moralidade nacional, inspirar-se em paixões anti-sociaes, ou liberticidas. "O povo," dizia o celebre WEBSTER, pleiteando o caso *Luther v. Borden*, " pode coarctar não só os seus legisladores, como a si mesmo; e muitas vezes, de feito, se coarcta, segurando-se contra reformas instantaneas, promovidas pela força ordinaria das maiorias. Disto é prova manifesta o art. V da Constituição dos Estados Unidos." [2] Esse artigo é o que demanda a acquiescencia de tres quartos dos Estados nas alterações constitucionaes.

O merito capital da Constituição brasileira é ter aproveitado esta lição, buscando precaver-nos,

---

[1] SEMMES: *The personal charateristics of the Chief-Justices*, CARSON: *The Supreme Court of the United States* (Phil., 1892), parte II, pag. 659.

[2] HARE, I, pag. 122.

pela transplantação da idéa americana, contra a tyrannia parlamentar, que os mais convencidos propugnadores do parlamentarismo constituinte confessam mais fatal aos direitos dos cidadãos do que qualquer outra tyrannia. [1] No art. 34 fixou a nossa Constituição a competencia legislativa. Tirante as materias abrangidas nesse artigo, toda acção das camaras, que não disser respeito ao seu regimen interior (art. 18), á licença para processar deputados e senadores (art. 20), ou para os auctorizar a acceitarem certas nomeações do governo (art. 23), e as funcções judiciarias ou administrativas do senado (arts. 33, 48 n. 12, 56, 57 § 2º), está fóra da Constituição. E a reforma desta só se pode effectuar pelos meios constituintes, que ella prescreve no art. 90.

Logo, toda lei adoptada fóra do circulo do art. 34 contravem á Constituição.

Mas, ainda para actuar sobre as materias que o art. 34 lhe submette, a competencia toca indivisivelmente ao Congresso Nacional com a sancção do presidente da Republica (art. 16), e não poderá exercer-se senão por acção convergente das duas camaras, isto é, mediante a accei-

---

[1] "Nell'epoca attuale non si devono credere impossibili gli abusi del potere legislativo nei rapporti dei diritti dei cittadini. La storia della democrazia antica, medievale e moderna sta là per dimostrare in modo inconcusso che, lasciata senza freno, *può essere fatale più di qualsiasi tirannide esercitata da un solo o da una accolta di pochi individui.*" Ugo: *Leggi incost.*, pag. 76.

tação de projectos, que transitem successivamente por ambas, segundo a praxe das deliberações legislativas. (Arts. 18, 37 e 39.)

Não é permittido, portanto, ás camaras fazerem, por meio de indicações, moções, votações de uma só discussão, ou manifestações instantaneas, adoptadas simultaneamente numa e noutra, o que lhes é defeso praticar por meio de leis. Isto é, o que se veda ao poder legislativo na sua acção conjuncta e plena, não pode ser licito a uma de suas casas, ou a ambas, obrando separadamente em resoluções de occasião.

Concluindo, pois, eis as premissas iniciaes, que podemos agora fixar :

O poder de fazer a lei não comprehende o de reformar a Constituição.

Toda lei, que cerceie instituições e direitos consagrados na Constituição, é inconstitucional.

Por maioria de razão, inconstitucionaes são as deliberações não legislativas de uma camara, ou de ambas, que interessarem esphera vedada ao poder legislativo.

Inconstitucionalidade importa nullidade

Definindo a qualificação de inconstitucionalidade perante os varios systemas de constituições, escreve DICEY, o insigne constitucionalista inglez:

"A expressão "*inconstitucional*", applicada a uma lei, tem, pelo menos, tres accepções differentes, variando segundo a natureza da Constituição, a que alludir:

"(I) Empregada em relação a um acto do parlamento inglez, significa simplesmente que esse acto é, na opinião do individuo que o aprecia, opposto ao espirito da Constituição ingleza; mas não pode significar que esse acto seja infracção da legalidade e, como tal, nullo.

"(II) Applicada a uma lei das camaras francezas, exprimiria que essa lei, ampliando, supponhamos, a extensão do periodo presidencial, é contraria ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente dahi que a lei se tenha por vã; pois não é certo que os tribunaes francezes se reputem obrigados a desobedecer ás leis inconstitucionaes. Empregada por francezes, a expressão de ordinario se deve tomar como simples termo de censura.

" (III) Dirigido a um acto do Congresso, o vocabulo "*inconstitucional*" quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso *e é, por consequencia, nullo.* Neste caso a palavra não importa necessariamente reprovação. O americano poderia, sem incongruencia alguma, dizer que um acto do Congresso é uma boa lei, beneficia o paiz, mas, infelizmente, pecca por *inconstitucional,* isto é, *ultra vires,* isto é, *nullo.*" [1]

Este o principio estabelecido pelo regimen americano e invariavelmente observado pelos seus executores. "*Todo acto do Congresso*" (diz KENT, o grande commentador) "todo acto das assembléas dos Estados, toda clausula das constituições destes, que contrariarem a Constituição dos Estados Unidos, *são necessariamente nullos.* E' uma verdade obvia e definitiva em nossa jurisprudencia constitucional."

Esta consequencia resulta evidentemente da propria essencia do systema. Onde se estabelece uma Constituição, com delimitação da auctoridade para cada um dos grandes poderes do Estado, claro é que estes não podem ultrapassar

---

[1] DICEY: *Lectures introductory to the study of the law of the Constitution* (Lond., 1885), pag. 165-6.
[2] KENT: *Commentaries*, I, pag. 337.

essa auctoridade, sem incorrer em incompetencia, o que em direito equivale a cahir em nullidade. *Nullus est major defectus quam defectus potestatis.*

A invalidade da acção dos poderes politicos fóra do circulo dos textos constitucionaes é o dogma cardeal do constitucionalismo americano. A evolução logica desse dogma foi traçada admiravelmente por MARSHALL, o supremo expositor da Constituição americana.

Reproduzirei aqui, em sua integra, essa pagina deslumbrante de claridade:

"Toda a construcção do direito americano tem por base a noção de que o povo possue originariamente o direito de estabelecer, para o seu futuro governo, os principios, que mais conducentes se lhe afigurem á sua utilidade. O exercicio desse direito original é um insigne esforço: não póde, nem deve repetir-se frequentemente. Os principios, que dest'arte uma vez se estabeleceram, consideram-se, portanto, fundamentaes. E, como a auctoridade, de que elles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses principios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assignando-lhe os differentes ramos, as respectivas funcções. A isto póde cingir-se; ou póde estabelecer raias, que elles não devam transpor. Nesta ultima especie se classifica o governo dos Estados Unidos.

Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre taes limites não occorresse erro, ou deslembrança, fez-se escripta a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escripto, si os limites prescriptos pudessem ser ultrapassados exactamente por aquelles, que ella se propunha a cohibir? Acabou-se a distincção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, si os confins, que se estabelecem, não circumscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem egualmente obrigativos os actos permittidos e os actos defesos. Ou havemos de admittir que a Constituição annulla qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou annuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinarias a Constituição. Não ha contestar o dilemma. Entre as duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformavel por meios communs; ou se nivela com os actos de legislação usual, e, como estes, é reformavel ao sabor da legislatura. Si a primeira proposição é verdadeira, então o acto legislativo, contrario á Constituição, não será lei; si é verdadeira a segunda, então as constituições escriptas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza illimitavel. Ora, com certeza, todos os que têm formulado consti-

tuições escriptas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseguintemente, a theoria de taes governos deve ser que qualquer acto da legislatura, offensivo da Constituição, é nullo. Esta doutrina *está essencialmente ligada ás constituições escriptas*, e, portanto, deve-se observar *como um dos principios fundamentaes de nossa sociedade.* " [1]

Esta demonstração, bem se vê, não assenta em considerações peculiares á nação americana. Baseia-se não tanto nos textos como na indole de seu regimen constitucional, que a Constituição brasileira reproduz, e que se applica, em geral, a todas as constituições escriptas com separação limitativa dos poderes. "A regra de que todo acto da legislatura, opposto á Constituição, é irrito", dizia KENT, "não procede só neste paiz; procede em todos os outros, onde houver uma Constituição escripta, designando as faculdades e deveres do poder legislativo, assim como dos outros ramos do governo. " [2]

Outra auctoridade americana, commentando

The writings of JOHN MARSHALL, *late Chief-Justice of the United States, upon the Federal Constitution*, (Bost., 1839) pag. 24—5.

[2] "In all other countries where there is a written constitution, designating the powers and duties of the legislative, as vell as of the other departments of government." KENT; *Commentaries*, I, pag. 485.

recentemente as palavras de MARSHALL, diz egualmente :

" Este raciocinio irrespondivel applica-se a todas as constituições escriptas, sob as quaes existir uma justiça independente e uma legislatura de poderes restrictos." [1]

Mas escusa estar a amontoar auctoridades, para evidenciar a evidencia.

Si, porém, os actos do legislativo, attentatorios do direito constitucional, são nullos, não menos nullos, por identico motivo, são os actos do executivo, que incorrerem na mesma taxa. "A Constituição é a ultima base, onde se ha-de apoiar a validade de todos os actos do governo nacional. Quaesquer actos de funccionarios federaes, que a Constituição não auctorize, são legalmente nenhuns." [2]

Mas, si a legislatura não póde violar a Constituição, sem que os seus actos incorram fatalmente em nullidade, claro está que, por delegação, ainda quando esta seja legitima, e revista a fórma regular das leis, não póde habilitar o exe-

---

[1] "This unanswerable reazoning applies to every written constitution under which there exists an independent judiciary and a legislature with limited powers." HENRY HITCHCOCK : *Constitutional development in the Un. States as influenced by Chief-Justice Marshall.* No vol. *Constitutional History of the Un. States as seen in the development of american law* (1889), pag. 79.

[2] " All acts of federal officials, which the Constitution does not authorize, are legally void. " CHARLES A. KENT : *Const. develop. of the Un. Stat, as influenced by decisions of the Supr. Court since 1864.* No vol. *Constit. development*, pag. 203.

cutivo a violal-a. Delegação é transferencia de poderes. Poderes, que não existem, não podem transferir-se. O poder é uma propriedade de acção. Onde não reside a propriedade, não ha possibilidade de transmittil-a. *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.* O acto delegatorio é nullo, por ausencia, no delegante, da faculdade que se delega.

Em virtude destas noções de evidencia vulgar tem-se julgado, nos Estados Unidos, que não póde aproveitar nunca ao funccionario, para lhe legalizar os actos, ou isental-os de responsabilidade legal, o allegar, em defesa de seu procedimento, a auctoridade de leis inconstitucionaes. [1]

Aqui posso registrar, pois, mais estas premissas:

Toda medida, legislativa, ou executiva, que desrespeitar preceitos constitucionaes, é, de sua essencia, nulla.

Actos nullos da legislatura não podem conferir poderes validos ao executivo.

---

[1] HARE: *Americ. Const. Law*, II, pag. 1063.

As nullidades e a justiça federal

I

ACTOS DO PODER LEGISLATIVO

Desde que, neste regimen, os direitos enumerados na carta fundamental são protegidos contra as leis, que a transgredirem, alguma força constitucional deve existir nelle, algum orgam efficaz de reintegração da ordem constitucional violada, que dê actualidade permanente a essa funcção.

Não seria, em verdade, estulto declarar theoricamente a improcedencia das leis inconstitucionaes, si ellas, não obstante, houvessem de vigorar como válidas, por não se encerrar no organismo politico uma instituição, destinada a reconhecer a inconstitucionalidade, pronuncial-a, e neutralizal-a?

Já desde os tempos coloniaes a jurisprudencia americana se detinha ante esta questão, e varias vezes a resolvia, attribuindo esse poder, como funcção privativa, aos tribunaes. Em 1780, no supremo tribunal de New Jersey, o *chief-justice* BREARLEY declarava accordarem os membros da

côrte em que a justiça tinha o direito de sentencear sobre a constitucionalidade das leis. A magistratura da Virginia, em 1782, increpava de nullo, como antagonico ao pensamento da Constituição, um acto da assembléa do Estado, que, dois annos antes, avocara á legislatura a prerogativa de agraciar. E, sustentando EDMUNDO RANDOLPH que, conforme, ou contraria, á Constituição, a lei era egualmente obrigatoria para os juizes, o presidente do tribunal redarguiu-lhe nestas palavras memoraveis: "Ainda quando a legislatura inteira tente saltar os limites, que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça publica do paiz, concentrarei a auctoridade investida nesta cadeira, e, apontando a Constituição, direi aos legisladores: "Aqui estão os confins de vosso poder: d'aqui não passareis." E o protocollo do feito consigna que o chanceller BLAIR, com os demais juizes, foram de parecer que o tribunal tinha competencia, para declarar inconstitucionaes e vãos os actos da legislatura, ou de qualquer de seus ramos." Doutrina analoga sustentou, em 1776, a côrte de appellação virginiana, em uma representação dirigida á assembléa. Por essa epocha, em Nova York, uma decisão judiciaria repelliu como inconstitucional um acto legislativo, que reduzira a seis o numero dos jurados. Citam-se ainda outras sentenças, pronunciando a inconstitucionalidade de leis nos tribunaes de Rhode Island, em 1786, e

da Carolina do Norte em 1787. [1] CUTTING, escrevendo a Jefferson, em 1788, referia-se com orgulho a outro julgado semelhante, e recordava que caso identico acontecera em Massachussets, "onde, tendo a legislatura transposto involuntariamente a barreira da Constituição, os juizes do supremo tribunal solemnemente deliberaram que a lei era inconstitucional." E no anno seguinte o estatuto condemnado cahiu, por voto unanime da legislatura, que o decretara. [2] De modo que muito antes da revolução franceza o senso juridico dos colonos anglo-saxonios da America do Norte resolvera praticamente esta questão, vital para os paizes livres, do equilibrio das assembléas politicas pelos tribunaes de justiça, que, na grande e nunca tranquilla França, inquieta inutilmente, ha cem annos, conservadores e radicaes, estadistas e reformadores, desde SIEYÈS até TRACY, desde BONALD até LUIZ BLANC [3], e que, na Inglaterra, durante o seculo passado, levou a perplexidade e a confusão aos espiritos mais eminentes na politica e no direito, oppondo, nos conflictos entre o privilegio dos communs e a auctoridade dos juizes, a eloquencia de CHATHAM á sciencia profissional de MANSFIELD, e prorogando

[1] WESTEL W. WILLOUGHBY: *The Supreme Court of the Unit. States* (Baltimore, 1890), pag. 29-31.—DICEY, pag. 152.—HITCHCOCK: *Op. cit.*, pag. 72.

[2] GEORGE BANCROFT: *Hist. of the formation of the Constitut. of the Un. States of America.* (Lond., 1882), vol. II, pag. 473.

[3] SAINT GIRONS: *Séparation des pouvoirs*, pag. 560-62.

indefinidamente o litigio sobre as fronteiras, sempre indecisas, entre o parlamento e a justiça nas controversias constitucionaes, todo dia suscitadas. [1]

Ao genio de MARSHALL coube a honra, no seu aresto historico sobre o caso *Marbury v. Madison*, de "estabelecer para sempre a necessidade logica desse poder sob uma Constituição limimitada, comprovando a insensatez de outra qualquer theoria". E ainda [2] hoje dizem os juristas americanos que ninguem, naquelle paiz, resistiu a essa demonstração classica. [3]

E' preciso transcrevel-a:

" Si o acto legislativo, inconciliavel com a Constituição é nullo, ligará elle, não obstante a sua invalidade, os tribunaes, obrigando-os a executarem-n'o ? Ou, por outras palavras, dado que não seja lei, subsistirá como preceito operativo, tal qual si o fosse ? Seria subverter de facto o que em theoria se estabeleceu ; e o absurdo é tal, logo á primeira vista, que poderiamos abster-nos de insistir.

" Examinemol-o, todavia, mais a fito. Consiste especificamente a alçada e a missão do poder judiciario em declarar a lei. Mas os que lhe

---

[1] H. SUMNER MAINE: *Popular Government* (2ª ediç.), IV, pag. 221.

[2] HENRY HITCHCOCK: *Op. cit.*, pag. 73.

[3] MC. MURTRIE: *A new canon of judicial interpretation.* No *American Law Register and Review*, Jan. 1893, pag. 1.

adaptam as prescripções aos casos particulares, hão de forçosamente explanal-a, e interpretal-a. Si duas leis se contrariam, aos tribunaes incumbe definir-lhes o alcance respectivo. Estando uma lei em antagonismo com a Constituição, e applicando-se á especie a Constituição e a lei, de modo que o tribunal haja de resolver a lide em conformidade com a lei, desattendendo á Constituição, ou de accôrdo com a Constituição, rejeitando a lei, inevitavel será eleger, d'entre os dois preceitos oppostos, o que dominará o assumpto. *Isto é da essencia do dever judicial.*

" Si, pois, os tribunaes não devem perder de vista a Constituição, e si a Constituição é superior a qualquer acto ordinario do poder legislativo, a Constituição, e não a lei ordinaria, ha de reger o caso, a que ambas dizem respeito. Dest'arte os que impugnam o principio de que a Constituição se deve considerar, em juizo, como lei predominante, hão de ser reduzidos á necessidade de sustentar que os tribunaes devem cerrar olhos á Constituição, e enxergar a lei só.

" Tal doutrina alluiria os fundamentos de todas as Constituições escriptas. Equivaleria a estabelecer que um acto, de todo em todo invalido segundo os principios e a theoria de nosso governo, é, comtudo, inteiramente obrigatorio na realidade. Equivaleria a estabelecer que, si a legislatura praticar o que lhe está explicitamente ve-

dado, o acto, não obstante a prohibição expressa, será praticamente efficaz. Equivaleria a dar, de um só folego, á legislatura uma omnipotencia practica e real, professando aliás circumscrever-lhe os poderes em estreitos limites. Equivaleria a prescrever-lhe confins, e outorgar-lhe o arbitrio de excedel-os a seu bel-prazer. Para se repellir semelhante interpretação, bastaria advertir em que ella reduz a nada o que estamos habituados a encarar como o maior dos melhoramentos em materia de instituições politicas: a vantagem de uma Constituição escripta. Bastaria de si só isso, na America, onde com tanta reverencia se estima o beneficio das Constituições escriptas, para se condemnar esta hermeneutica. Mas ha, na Constituição dos Estados Unidos, textos, que nos ministram argumentos addicionaes no mesmo sentido.

"Estende-se o nosso poder judicial a todos os casos subordinados á Constituição. Poderia estar no animo dos que conferiram este poder a intenção de que, ao usarmos delle, desviassemos a vista da Constituição? a idéa de que houvessemos de resolver os casos submettidos á Constituição, sem examinarmos o instrumento, a cuja alçada elles pertencem? Tamanha extravagancia não se poderia manter. Especies ha, portanto, em que os juizes têm de consultar a Constituição. E, si é força compulsarem-na, quaes os

lanços desse documento, que não lhes será permittido verem, ou cumprirem ?

"Muitos outros topicos da Constituição esclareceriam ainda o assumpto.

"Estatue ella que "não se lancem impostos sobre artigos exportados". Supponde que se criem tributos sobre a exportação do fumo, do algodão, ou da farinha, e se instaurem processos, para os cobrar. Devem as sentenças deferir ao pedido ? Devem os juizes fechar os olhos á Constituição, e fitar exclusivamente a lei ?

"A Constituição prohibe "os *bills of attainder* e as leis retroactivas." Si, todavia, passar um *bill of attainder*, e em virtude delle se perseguir alguem, ha de o tribunal condemnar á morte as victimas, que a Constituição quiz preservar ?

"Ninguem", resa a Constituição, " ninguem será convencido de traição, a não ser mediante depoimento de duas testemunhas, que jurem sobre o mesmo acto manifesto, ou confissão do proprio accusado em sessão publica do tribunal." Aqui a linguagem da Constituição se endereça especialmente aos tribunaes, prescrevendo-lhes directamente uma regra de prova, de que não devem arredar-se. Si o poder legislativo alterasse a regra, decretando que uma testemunha, ou a confissão extrajudicial bastaria, para condemnar, o principio constitucional havia de ceder ao acto legislativo ?

"Destas e muitas outras selecções, que poderiamos fazer, se evidencía que os auctores da Constituição traçaram nesse instrumento um directorio commum para a legislatura e os tribunaes". [1]

Esta competencia dos tribunaes, porém, como se vê, não resulta de clausulas expressas, que positivamente a declarem. "Conta-se de um inglez intelligente", diz BRYCE [2], "a cujos ouvidos tendo soado que a suprema côrte federal fôra creada, para proteger a Constituição, e tinha o poder de annullar as más leis, gastou dois dias em revolvel-a, á cata dos textos recommendados á sua admiração. Não admira que os não encontrasse; pois não ha palavra, na Constituição, a tal respeito". Já HAMILTON dissera, no *Federalista*: " Convem notar que esta doutrina decorre, não de preceito especial na Constituição, mas da theoria geral de toda as Constituições limitadas."

O unico lance da Constituição americana, onde se estriba illativamente o juizo, que lhe attribue essa intenção, é o do art. III, secç. 2ª, cujo teor resa assim: " O poder judiciario estender-se-ha a todas as causas, de direito e equi-

---

[1] JOHN MARSHALL: *Writings upon the Constit.*, pag. 25–7.
[2] *The Americ. Commonwealth*, I, pag: 336.
No mesmo sentido LOWELL, *Essays in Government*, pag. 119: "The power to do this has been confided to the courts in accordance with the principles of common law, if not by the express provisions of the Constitution."

dade, que nascerem desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos ". [1]

Não se diz ahi que os tribunaes sentencearão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatue que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes, ou contrarias a ella.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira.

Nella não só se prescreve que

> " Compete aos juizes ou tribunaes federaes processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal (art. 60, *a*); "

Como, ainda, que

> " Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar *sobre a validade* de tractados *e leis federaes*, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella." (Art. 59, § 1º, *a*.)

---

[1] "The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority."

A redacção é clarissima. Nella se reconhece, não só a competencia das justiças da União, *como a das justiças dos Estados*, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Sómente se estabelece, a favor das leis federaes, a garantia de que, sendo contraria á subsistencia dellas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nullidade, ou a confirmará pelo motivo opposto. Mas, numa ou noutra hypothese, o principio fundamental é a auctoridade, reconhecida expressamente no texto constitucional, *a todos os tribunaes*, federaes, ou locaes, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e applical-as, ou desapplical-as, segundo esse criterio.

E' o que se dá, por effeito do espirito do systema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que occorre entre nós, é muda a este proposito. "O intitulado *poder de anuullar as leis inconstitueionaes*", escreve BRYCE [1], "é antes *um dever* do que um poder, e esse dever incumbe, não *menos do que á Suprema Côrte Federal em Washington, ao mais humilde tribunal de qnalquer Estado*, logo que perante elle se pleitêe feito, que levante a

[1] BRYCE : *Americ. Commomvealth*, I, pag. 336.

questão. Quando, portanto, como ás vezes até nos Estados Unidos acontece, fallam na Suprema Côrte como "guarda da Constituição", apenas se quer dizer que é o tribunal de ultima instancia, ao qual se podem levar os processos, que envolverem questões constitucionaes. Mas as funcções da Suprema Côrte *são as mesmas, em genero, que as de todos os outros tribunaes, federaes, ou de Estado.* E' obrigação della e delles applicarem a lei; e onde quer que um tribunal, *seja um tribunal de primeira instancia no Estado,* ou o tribunal federal da instancia mais alta, encontrar uma lei, de auctoridade inferior, contraiando uma lei de auctoridade superior, cumpre-lhe rejeitar a primeira, como não-lei, e executar a segunda."

Nem nesta maneira de ver, em apoio da qual facilimo seria multiplicar testemunhos entre os auctores modernos [1], cabe ao illustre publicista inglez [2] o merito da originalidade. Elle não faz mais que reproduzir, em certos pontos até literalmente, as noções em voga entre os mais antigos auctores americanos. Lá se diz, por

---

[1] "Il diritto di sindacato non si esercita solo dalla Corte Suprema Federale, esso spetta anche alle corti di distretto e di circuito" Ugo: *Leggi incost.*, pag. 104. "Il sindicato spetta altresi alle corti dei *singoli Stati.*" *Ib.*, pag 105.

[2] Uma commissão da camara dos deputados suppunha-o, anno passado, "um dos mais reputados publicistas *americanos.*" *Annaes da Camara dos Deput.*, 1892, vol. II, pag. 93.

exemplo, nas annotações de DANA a WHEATON: " Nos casos de que conhece, a Suprema Côrte não tem outra jurisdicção, quanto ás questões constitucionaes, que não a possuida *pelo mais humilde tribunal do paiz*, seja elle nacional, *ou de Estado.*" [1] E muito antes já STORY, o mestre dos commentadores americanos, dizia:

" O direito de todos os tribunaes, quer nacionaes, *quer locaes*, a declararem nullas as leis inconstitucionaes, parece estar hoje fóra do alcance de disputações forenses". [2]

Não esqueçamos que a Constituição brasileira firma claramente este direito. Mas, quando o não fizesse, elle não seria menos ineluctavel. "Nem as constituições locaes, nem a dos Estados Unidos contêm artigo, que prescreva á auctoridade judiciaria não applicar as leis inconstitucionaes. Nenhum texto explicito e formal a investe nessa prerogativa, tão importante; o juiz a possue *implicitamente*, como parte integrante de suas attribuições ". [3]

---

[1] "In cases before it the Supreme Court has no other jurisdiction over constitutional questions than is possessed by the humblest judicial tribunal, state or national, in the land." WHEATON: *International Law.* (DANA 's edit.), pag. 79.

[2] "The right of all courts, State as well as national, to declare inconstitutional laws void, seems settled beyond the reach of judicial controversy." STORY: *Comment.*, II, § 1842, pag. 612.

[3] DE NOAILTES: *Cent ans de république aux États Unis*, II, pag. 144—5

STORY demonstra lucidamente que "o poder de interpretar as leis envolve *necessariameute* a funcção de verificar si ellas se conformam á Constituição, declarando-as vãs e insubsistentes, si a offendem. Sendo a Constituição a suprema lei do paiz, em qualquer conflicto entre ella e as leis, sejam estas dos Estados, ou do Congresso, é dever do poder judiciario adherir ao preceito, cuja obrigação for predominante. Esta consequencia resulta da propria theoria da Constituição dos governos republicanos; porque, de outra sorte, os actos do poder legislativo e do executivo seriam de feito supremos e incontrastaveis, não obstante as clausulas limitativas, ou prohibitivas, que a Constituição encerrasse, podendo-se tentar as usurpações de caracter mais suspeito e temeroso, sem nenhum remedio accessivel aos cidadãos". [1]

Essa funcção, pois, que SORIA DI CRISPANI, na primeira metade deste seculo, definia como "um dos caracteres essenciaes do poder judiciario", e que se acha instituida na Constituição americana, como na brasileira, "sem restricção absolutamente nenhuma" [2], não é, como de ordinario se presume, uma singularidade feliz do regimen que procurámos imitar.

---

[1] STORY: *Comment.*, II, § 1576, pag. 393.
[2] STORY, I, pag. 286, § 385.

Não ha duvida que existem relações particulares de affinidade entre o federalismo e esta syndicancia constitucional da judicatura sobre os outros ramos do poder. "E' obvio que, numa Constituição como a dos Estados Unidos, os tribunaes hão de ser o eixo, em torno do qual gyre a organização politica do paiz. A soberania reside alli em uma entidade (o povo), que raro exerce a sua auctoridade, e tem, por assim dizer, uma existencia meramente potencial; nenhuma das assembléas legislativas no paiz é mais do que um corpo subalterno de legisladores, habilitado, em rigor, apenas a promulgar actos regulamentares; as faculdades do executivo são, outrosim, limitadas pela Constituição; e os interpretes desta são os juizes. A toga, portanto, póde e deve precisar os limites á auctoridade do governo e á da legislatura; e, não tendo appellação as suas sentenças, a consequencia é que a magistratura vem a ser, não só a guarda, mas o oraculo da Constituição." [1]

Não ha duvida ainda, que, numa associação de sociedades, como são os governos federativos, a distribuição restricta da soberania pelos orgams politicos de legislação e acção no todo nacional e nos elementos relativamente autonomos que o compõem, constitue uma necessidade ainda

[1] Dicey: *The law of the Const.*, pag. 160 — 61.

mais essencial do que nas Constituições onde a auctoridade politica é unificada. [1] Grande merecimento foi o dos fundadores da America em preverem que "a faculdade de interpretar a Constituição da Republica e as leis federaes, determinando si as Constituições dos Estados e suas leis transgridem, ou não, as disposições daquellas, seria sufficiente, para prevenir luctas entre a nação e os governos locaes". [2] Si essa missão se tivesse commettido ao Congresso, ou ficasse á mercê de transacções entre elle e as assembléas dos Estados, "extremos seriam os perigos de conflicto, e muitas, em vez de uma, poderiam ter sido as guerras civis." [3] Bem alto reconhecem hoje os americanos que, si não fosse esta situação inconcussa do poder judiciario, tratando como irritas e nenhumas as leis, locaes, ou federaes, adversas á Constituição, a União estaria perdida. [4]

Mas, si aos estadistas americanos pertence a honra da prioridade nessa intuição, ou antes a da iniciativa em traduzil-a na primeira Constituição que poude estrictamente apresentar-se como a "*law of the land*", a lei soberana de um paiz,

---

[1] Luigi Palma: *Corso di Diritto Costituzionale* (Firenze, 1884), vol. II, pag. 620: "Un tal potere è colà giustificato dal bisogno di porre un potente freno... alle trentotto legislature locali, che facilmente potrebbero deviare dai principii sanciti nel patto federale."

[2] Bryce, I, pag. 342.

[3] *Ibid.*

[4] Hitchcock: *The Supreme Court and the Constitution.* Hampton Carson: *The Supreme Court*, part. II, pag. 642.

creando assim o federalismo hodierno [1], o certo é, comtudo, que o papel da justiça americana e de seu tribunal supremo "emana primariamente da propria natureza de suas funcções" [2], por um processo logico de necessidade irresistivel, que se estende desde as Constituições federaes a todas as outras, onde a soberania nacional não abdicar n'algum dos grandes poderes do Estado.

Em qualquer paiz de Constituição escripta ha dois graus na ordem da legislação : as leis constitucionaes e as leis ordinarias. Nos paizes federalizados, como os Estados Unidos, como o Brasil, a escala é quadrupla: a Constituição federal, as leis federaes, as constituições de Estados, as leis destes. A successão, em que acabo de enumeral-as, exprime-lhes a jerarchia legal. Ella traduz as regras de precedencia, em que a auctoridade se distribue por essas quatro especies de leis. Dado o antagonismo entre a primeira e qualquer das outras, entre a segunda e as duas subsequentes, ou entre a terceira e a quarta, a anterioridade na graduação indica a precedencia na auctoridade. Uma vez manifesta a collisão, está *ipso facto* resolvida. O papel do tribunal é apenas declaratorio ; não desata conflictos : indica-os, como a agulha de um registro, e, indicando-os, indicada está por sua

[1] Dicey, *Op. cit.*, pag. 152.
[2] Sumner Maine : *Popul. Govern.*, pag. 217.

natureza a solução. A lei mais fraca cede á superioridade da mais forte. [1] "Uma collisão entre a Constituição e as leis", dizia SUMNER no senado americano, "ha de julgar-se como qualquer conflicto ordinario entre duas leis." [2] Ora, da essencia mesma do dever judicial é optar entre duas leis em conflicto. Na alternativa de denegar justiça, direito que lhe não assiste, ou pronunciar-se pela lei subalterna, arbitrio insensato, só lhe resta pautar a sentença pela mais alta das duas disposições contrapostas.

O tribunal é apenas o instrumento da lei preponderante. Os maiores jurisconsultos e os maiores publicistas designam no poder judiciario o arbitro supremo, o interprete final da Constituição. Assim STORY. [3] Assim DICEY. [4] Assim HARE. [5] Assim, *sem excepção*, todos os competentes. "E' o mais nobre producto da sabedoria dos auctores da Constituição federal", dizem. "Elle mantem a ordem em todo o mecanismo della." [6]

---

[1] BRYCE, I, pag. 331-2.—WILLOUGHBY, pag. 35.

[2] DE NOAILLES, II, pag. 193.

[3] PASCHAL: *Anotaciones a la constitucion de Estados Unidos.* Trad. CALVO. Vol. II, pag. 296, nº 441.

[4] "...A final and common arbiter provided by the Constitution itself, to whose decisions all others are subordinate; and that arbiter is the supreme judicial authority of the Courts of the Union." *Commentaries*, vol. I, § 375, pag. 276.

[5] "It is in fact the final interpreter of the Constitution." *The Law of the Const.*,pag.146.—"...the Supreme Court thereby becomes the ultimate arbiter of all matters affecting the Constitution." *Ib.*, pag. 149.

[6] "It was therefore necessary to provide some arbiter whose decision should be recognized as final." *Americ. Constitut. Law*, I, pag. 27. Cf. pag. 54, 119, 135.

E' "a grande roda na machina republicana", escrevem outros. [1] A admiração geral aponta-o como "o centro de gravidade da Republica". [2] Toda essa magestade, porém, a mais augusta entre as instituições humanas, essa auctoridade apparentemente indefinida, que dir-se-hia tocar as raias da imaginação, é a resultante apenas da observancia de faculdades limitadas, que não representam o menor traço de poder discrecionario. Como o fiel de uma balança, em cujas duas conchas estão duas leis de pesos differentes, a justiça não tem a liberdade da escolha: pende fatalmente na direcção inevitavel, solicitada pela força de uma determinação que se lhe impõe. MARSHALL, no pleito *Osborn v. United States Bank*, reduziu ás suas proporções naturaes a noção dessa potencia mysteriosa, tão mal comprehendida entre nós: "O poder judiciario não tem vontade propria, em caso algum. Sua auctoridade, figurada como distincta da das leis, não existe. Os tribunaes são meros instrumentos da lei, e não têm querer. Quando se diz que exercem discreção quer-se alludir á discreção do interprete, a qual se exerce simplesmente em discernir o rumo da lei; e, descoberto este, não cabe ao tribunal senão seguil-o. O poder da justiça

---

[1] BRYCE: *The predictions of Hamilton and De Tocqueville* (Baltim. 1887), pag. 37.

[2] "It has been (the Supreme Court) *the balance wheel of the republic.*" WILLOUGHBY, pag. 33.—Cf. HARE, I, pag. 2.

nunca se applica em executar os designios do juiz, senão sim em cumprir os do legislador, ou, noutras palavras, os da lei." [1]

Certamente, no decidir si duas leis repugnam entre si, ha sempre uma operação da intelligencia; e toda operação intellectual envolve risco de erro, assim como toda enunciação exterior de um juizo pode ser viciada pela insinceridade do agente. Mas esses perigos na acareação entre uma lei ordinaria e uma lei constitucional são egualmente inevitaveis na apreciação entre duas leis ordinarias. O argumento, que, por taes motivos, nos levasse a despir o juiz da funcção de pronunciar-se entre as primeiras, deveria necessariamente levar-nos a recusar-lhe a mesma auctoridade a respeito das segundas. Ora, si entre a lei superior e a inferior a collisão é tão possivel, quanto entre lei e lei da mesma classe, e si essa collisão, onde quer que se dê, ha-de ser resolvida,—a um dos poderes tinha de confiar-se, por força, o poder de resolvel a. Mas, si elle se entregasse á auctoridade que faz a lei, parte interessada [2], juiz em sua propria causa, o Congresso substituir-se-hia á Constituição, a Constituição desappareceria na vontade indemarcavel do Congresso.

---

[1] Ezra Seaman: *The American System of Government*, c. I secção X, pag. 32.

[2] John Marshall: *Writings upon the Feder. Const.*, pag. 339.

A preponderancia, nesse caso, caberia sempre á lei contra a Constituição. Ora, o mais rudimentar senso commum quer que elle pertença á Constituição contra a lei. A Constituição é a vontade *directa* do povo. A lei, a vontade *dos seus representantes.* [1] E, si a unica auctoriadde legitima destes resulta da daquelles, na divergencia entre as duas a segunda não pode aspirar ao ascendente. " Exercendo esta alta auctoridade " (são expressões de um aresto americano) [2], " os juizes não tendem á supremacia judicial : são apenas administradores da vontade commum. Declarando invalido um acto da legislatura, não assumem superintendencia alguma sobre o poder legislativo : apenas reconhecem que o acto é prohibido pela Constituição, e que a intenção popular, nella exarada, prefere á de seus representantes, exprimida nas leis. " Entre duas delegações legislativas de eminencia desigual, a constituinte e a ordinaria, o tribunal, inclinando-se á segunda, implicitamente inverteria a ordem racional, traduzida no principio elementar de que, entre as prescripções antinomicas de duas auctoridades

---

[1] Bryce : *The Amer. Commonwealth.*, I, pag. 330.

[2] The Constitution is the direct legislative act of the people, and as such it must control any acts of their agents, the Legislature." Horace Davis : *American Constitutions* (Baltim., 1885), pag. 57.

[3] Cooley : *Constitutional Limitations* (Boston, 1883), pag. 193.

de categoria diversa, a menos alta cede á mais elevada. [1] KENT frisou a extravagancia da outra maneira de ver, dizendo: " Querer que os tribunaes de justiça obedeçam ás imposições de um acto legislativo, quando este se lhes patenteia violatorio da Constituição, importa o mesmo que julgar a Constituição inferior ás leis." [2] Ora, pelo contrario, si ha, em direito politico, axioma de ordem mathematica, é o de que a Constituição senhoreia a lei: " *Constitution must control the laws.*" [3]

Na opinião americana, que o nosso systema constitucional assimilou, a posição de legislador é a de um mandatario, cujos poderes precisos estão rigorosamente descriptos no instrumento formal de mandato. Esse instrumento é a Constituição. Si os actos perpetrados pelo commissario fóra das instruções do committente não o obrigam, claro está que não podem obrigar o povo leis decretadas pelo poder ordinario além dos limites constitucionaes. E' o raciocinio que BRYCE desenvolveu amplamente em sua obra monumental [4], mas que LABOULAYE, muito antes, resumira vigorosamente, com a sua luminosa concisão [5], o raciocinio que se reproduz a cada passo nos expositores

---

[1] HITCGCOCK. Em CARSON'S *Supreme Court*, pag. 644.
[2] KENT: *Commentaries*, pag. 486.
[3] WILLOUGHBY, pag. 30.
[4] *The Americ. Commonwealth*, I, pag. 325.
[5] *Questions constitutionelles*, pag. 385.

americanos, e que HAMILTON, primeiro que todos, burilou, com dialectica de aço, nas paginas do *Federalista*, esse reservatorio de lições immortaes na sciencia das constituições, do qual GUIZOT dizia a Rush: "E' o maior livro, que eu conheço." [1]

Creio que, ao inaugurarmos o debate sobre este assumpto, ainda não aventado entre nós, perante a justiça federal, renderei homenagem necessaria aos direitos della e á importancia do aresto que se lhe solicita, fixando aqui as palalavras inolvidaveis de HAMILTON, o famoso apologista do federalismo, um de seus grandes creadores.

Eil-as :

"Não ha proposição assente em principios mais claros : todo acto de uma auctoridade delegada, contrario ao teor da commissão sob que ella se exerce, é nullo. O acto legislativo opposto á Constituição, portanto, nunca se poderá validar. Negal-o seria affirmar que o deputado sobreleva ao seu constituinte ; que o servidor está acima do soberano; que os representantes do povo são superiores ao povo ; que homens, cuja acção é regulada por certos poderes, têm o arbitrio, não só de fazer o que esses poderes não auctorizam, senão até o que prohibem.

---

[1] Citado por LORD ACTON, *The English Historical Review*, apr. 1889, pag. 392.

"Dizem que o corpo legislativo é o juiz constitucional de seus proprios poderes, e que sua maneira de interpretal-os é obrigatoria para os outros ramos do governo. Mas podemos revidar que tal presumpção não é natural, desde que nenhuma clausula da Constituição deixa inferil-a. Fôra suppor que a Constituição tivesse em mira habilitar os representantes do povo a substituirem *pela sua vontade* a de seus comittentes. Muito mais razoavel será crer que ella contemplasse os tribunaes como um corpo intermediario ao povo e á legislatura, com o fim, entre outros, de prendel-a nos limites fixados á sua auctoridade. Interpretar as leis é jurisdicção propria e peculiar dos tribunaes. Uma Constituição é, de facto, e pelos juizes deve ser havida como a lei fundamental. Aos juizes, portanto, compete verificar o pensamento della, assim como o dos actos legaes do corpo legislativo. Acontecendo haver desintelligencia irreconciliavel entre os dois, ha de necessariamente primar o de mais força; por outra: a Constituição deve prevalecer á lei, a intenção do povo á de seus agentes.

"Nem esta conclusão presuppõe ascendencia ao poder judiciario sobre o legislativo. O que ella suppõe, é que a um e outro se avantaja o povo, e que, onde a vontade da legislatura, expressa em suas leis, está em contraste com a do povo, declarada na Constituição, os juizes devem-se reger

por esta, de preferencia áquella; devem pautar suas decisões antes pelas leis fundamentaes do que pelas leis subordinadas.

" Num exemplo familiar se figura o exercicio dessa discreção judiciaria, exercida entre duas leis contradictorias. Não raro acontece existirem simultaneamente duas disposições legislativas, contendentes, no todo ou em parte, entre si, sem que nenhuma apresente clausula, ou expressão, revogatoria da outra. Em tal caso incumbe aos tribunaes liquidar e precisar o sentido e a acção de ambas. Si lhes fôr possivel, mediante interpretação judiciosa, harmonizal-as, a razão e o direito conspiram em dictar que assim procedam; mas, si isso for impraticavel, forçoso será executar uma das duas, com exclusão da outra. A regra admittida no fôro, para lhes determinar a validade relativa, é que a ultima na ordem do tempo invalide a primeira. Neste uso, porém ha simplesmente uma praxe de interpretar, que não tem assento em lei positiva, mas apenas na razão e natureza das coisas. E' uma regra, não intimada aos tribunaes por determinação legislativa, mas adoptada pela magistratura mesma, de accordo com a verdade e a conveniencia, para dirigir a acção á justiça, como interprete da lei. Estabeleceram os juizes, como expediente aconselhado pelo bom senso, que na concurrencia entre actos divergentes de

uma auctoridade *egual*, predominaria a ultima expressão de sua vontade.

" Mas, si os actos, que collidem, são de auctoridades differentes, uma superior, outra subalterna, si emanam um de um poder originario, outro de um poder derivado, a natureza e a razão do caso estão indicando como regra obrigatoria o inverso daquella. Ensinam ellas que o acto anterior da auctoridade mais eminente deve levar a primazia ao acto subsequente da auctoridade subordinada, e que, por consequencia, onde quer que qualquer lei contravenha á Constituição, os tribunaes de justiça hão de adherir á Constituição, desattendendo á lei.

" Nada vale objectar que, sob o pretexto de resolver uma contradicção, o tribunal póde sobrepor seu proprio arbitrio ás intenções constitucionaes do poder legislativo. Tal hypothese poderia occorrer egualmente no caso de duas leis contradictorias e, até, em qualquer julgamento sob uma só lei. Aos tribunaes cabe declarar a intelligencia da lei; e, si lhes aprouvesse exercerem *a vontade*, em vez do *juizo*, a consequencia seria sempre trocar-se o arbitrio do corpo legislativo no arbitrio delles. O argumento, si alguma coisa provasse, provaria que não se deve admittir a funcção de julgar senão no proprio legislador." [1]

---

[1] *The Federalist*. Ed. de CABOT LODGE. Lond., 1888, pags. 485-7.

Depois desta demonstração já ninguem ousaria repetir, a proposito do direito, reclamado para os tribunaes, de examinar a constitucionalidade das leis, a apostrophe de D'ARGENTRÉ aos juizes de seu tempo: *Cur de lege judicas, qui sedes ut secundum leges judices?* Porque te abalanças a julgar *das* leis, quando o teu cargo é julgar *segundo* as leis? Não. "O juiz delibera conforme *todas* as leis, uma das quaes é a Constituição, e, recusando applicar leis inconstitucionaes, tão pouco exerce funcções legislativas, quanto praticaria actos administrativos, negando-se a executar um regulamento illegal do intendente, ou do prefeito." [1] A Constituição não desapparece debaixo das leis, como os documentos classicos, nos palimpsestos, sob a escripta dos copistas medievos. Sobreeminente ao legislador, obrigando ao legislador, tanto quanto ao magistrado [2], obrigando ao magistrado, tanto quanto ao legislador, tem direito á obediencia dos tribunaes, não menos que á do Congresso.

A recusa de submissão ás leis constitucionaes não é, pois, sómente "o direito natural do magistrado", como dizia TOCQUEVILLE [3]: é

---

[1] SAINT GIRONS: *Man. de droit Constitutionnel* 1885, pag. 580.

[2] SEDGWICK, cit. por TOCQUEVILLE. V. SAINT GIRONS, *Séparat, dos pouvoirs*, pag. 556.

[3] *Démocratie en Amérique* ed. de 1864, vol. I, pag. 168.

sua "missão" [1]; é seu *dever positivo.* [2] "O dever legal, *the legal duty, de todo juiz*" (ensina um dos grandes mestres), "quer funccione, supponhamos, como magistrado no Estado de Nova York, quer sentenceie no supremo tribunal da União, é manifesto. Sua obrigação (*he is bound*) é tractar como nullo qualquer acto legislativo, inconsistente com a Constituição dos Estados Unidos. Este dever é tão obvio como o de um magistrado inglez, provocado a determinar a validade de um regulamento adoptado pela *Great Eastern,* ou qualquer outra companhia de viação ferrea. Proferindo sentença, o juiz americano tem que adscrever-se aos termos da Constituição, do mesmo modo como o seu confrade em Inglaterra ha-de obedecer, resolvendo o caso, aos actos do parlamento." [3]

Desse dever não é licito aos juizes declinar. "The duty to do this... it is now generally agreed that the courts cannot decline." [4] Chamados *judicialmente* a decidirem sobre a constitucionalidade de um acto de qualquer dos poderes, têm de negal-a, ou confirmal-a. Si se abstiverem

---

[1] Gio. Battista Ugo: *La responsabilitá dei publici ufficiali,* Torino, 1885, pag. 106.

[2] Léon Donnat: *Critique de la Constitution brésilienne* (1890), pag. 14: "... le droit, ou plutôt *le devoir*, de déclarer inconstitutionnelle une loi fédérale contraire à la constitution."

[3] Dicey: *Law of the Const.*, pag. 145.

[4] Cooley: *Constitutional Limitations*, pag. 193.

de declaral-o inconstitucional, diz STORY [1], *ipso facto* lhe affirmam a constitucionalidade.

Desde que MARSHALL formulou tão lucida e inexpugnavelmente esta regra no celebre aresto de 1803, " ninguem mais o contestou, nos Estados Unidos." [2] Familiar hoje alli na pratica usual de julgar, elle tem levado a justiça a se pronunciar sobre questões de inexcedivel gravidade, sobre os mais sérios direitos do Congresso, como o de legislar acerca da prioridade entre as dividas da União e as dos Estados, o de auctorizar bancos, o de estabelecer impostos, o de legislar a respeito da milicia, o de emittir papel-moeda. [3] No decurso de menos de noventa annos essa funcção judicial exerceu-se sobre mais de duzentas causas dessa especie, em vinte das quaes se declararam invalidos, por contrarios á Constituição, actos do poder legislativo federal, e nas outras se rejeitaram, egualmente como inconstitucionaes, um sem numero de leis de trinta e quatro Estados. [4] E a esta firmeza no uso de uma attribuição a principio olhada com tantas apprehensões, á continuidade na acção desse intrumento [5], se deve não só a durabilidade da União pela harmonia entre os poderes, entre os

---

[1] *Commentaries*, II, pag. 399 *n*.

[2] HITCHCOCK: *The Supreme Court and the Constit.* CARSON, part. II, pag. 646.

[3] KENT: *Comment.*, I, pag. 489 e segs. — DICEY: *Law of the Const.*, pags. 149 - 50. — UGO: *Leggi incostituzion.*, pags. 16 e 44.

[4] HAMPTON CARSON, part. II, pag. 646.

[5] STORY: *Comment.*, § 392, pag. 294.

Estados, entre a federação e seus membros, como "-a observancia da justiça, a existencia da liberdade commercial no paiz, o respeito geral aos direitos de propriedade." [1]

E', portanto, indubitavelmente um dos grandes triumphos do systema americano. [2] Obra, sem prototypo [3], dos estadistas que a crearam, essa posição dos tribunaes no regimen que nacionalizámos, originária da idéa elementar de justiça organizada nas Constituições escriptas, e sobretudo nas Constituições federativas, vai-se propagando com o desenvolvimento da theoria constitucional, com os progressos de sua politica entre as nações novas.

Sob as monarchias européas, moldadas, na phase actual, pelas tradições do parlamentarismo inglez, unica formula de conciliação possivel entre a realeza e as instituições liberaes, o principio geral é o da soberania, mais ou menos ampla, dos parlamentos. Nessa fórma de governo, é contra os reis que as nações se premunem, assim como nas democracias é contra as assembléas representativas. "Il potere costituente nelle monarchie assolute è riposto nel sovrano legitimo; nelle monarchie costituzionali il parlamento, cioè il re e

---

[1] Dicey: *Op. cit.*, pag. 150.
[2] Willoughby, pag. 27.
[3] H. Taylor: *The origins and growth of the English Const.*, pag. 73. — Maine: *Popul. Gov.*, pag. 218.

le camere, ne sono pienamente investiti", dizia CAVOUR. Ainda alli, porém, tem irrompido na opinião, e ás vezes na jurisprudencia, a noção americana da syndicancia dos tribunaes sobre a inconstitucionalidade das leis. Alguns têm defendido na Belgica [1], na propria França. [2] Na Italia, varias sentenças de tribunaes superiores (*côrte d'appello* de Genova, 14 julho 1856; côrte d'appell. de Casale, 26 junho 1857; *côrte d'appell.* de Napoles, 16 março 1870) attribuem essa funcção ao poder judiciario. Averiguada indubitavelmente, dizem ellas, a lesão de um direito por parte de uma lei, os juizes não devem applical-a. [3] E, bem que, por via de regra, os escriptores politicos, naquelle paiz, sejam contrarios a esta opinião [4], convem notar que o mais extremado entre todos elles em combatel-a reconhece essa competencia da justiça quanto ás offensas ao direito dos cidadãos commettidas nas leis orçamentarias. [5]

Depara-nos a Suissa a anomalia de uma federação, onde os tribunaes não podem acoimar de inconstitucionalidade os actos do poder legis-

---

[1] ROUSSEL: *Encyclopédie du droit*, pag. 530.—EUG. VERHAEGEN; *Des lois inconstitutionnelles*, BRUX., 1850.— DICEY; *The Law of the Const.*, pag. 123.

[2] BERRIAT SAINT PRIX: *Théorie du droit constitutionnel français*, n. 725.

[3] UGO: *Leggi incostituzionali*, pags. 162, 164, 165.

[4] SAREDO: *Trattato delle leggi* (Fir., 1886), pag. 142.

[5] UGO: *Leg. incostit.*, pag. 189, n. 102.

lativo. Esta excentricidade, porém, tem sua causa na força de influencias tradicionaes, nas idiosyncrasias de seu passado e de seu meio. "As tradições da historia suissa são desfavoraveis ao desenvolvimento dessa supremacia regular da lei nacional, que fórma a caracteristica das instituições fundadas pelo povo inglez. Quanto mais de perto estudamos a Constituição helvetica e as Constituições cantonaes, melhor se percebe que a tendencia do povo suisso continúa a ser, como foi durante seculos, *para attribuir á legislatura o exercicio de funcções judiciaes.*" [1] A escola politica de 1848 reduziu o *Bundesgericht*, o Tribunal Federal, a uma posição mui diversa da da Suprema Côrte nos Estados Unidos, associando ás funcções legislativas da Assembléa Federal (*Bundesversamlung*) attribuições que, a certos respeitos, a convertem numa côrte de appellação. Mas a revisão de 1874 alargou consideravelmente a esphera judicial, e, facto notavel, no cantão de Uri, a mais antiga das democracias suissas, assignalada pela prefulgencia do senso juridico, "com que sempre se distinguiu na historia" [2], o cidadão ferido em seu direito por uma decisão da *Landsgemeinde* (a auctoridade legislativa) póde

---

[1] Dicey, *The Nation*, out. 8, 1885. — *Apud* Moses; *The Federal Government in Switzerland* (Oakland, 1889), pag. 163.

[2] Dubs: *Le Droit Public de la Confédération Suisse*, vol. I, pag. 175.

recorrer ao juiz, o qual "senteceará", reza a Constituição cantonal (art. 37), "conforme sua consciencia e seu juramento, a questão de direito entre o povo e o reclamante". [1] Segundo os aquilatadores mais competentes, em summa, a excepção suissa, explicada e attenuada, até certo ponto, pelo amiudado uso do *referendum* [2], que reduz a possibilidades minimas a hypothese de abusos legislativos contra a Constituição, é uma peculiaridade viciosa, constitue a feição menos satisfactoria no organismo constitucional da Helvecia [3], e parece tender a fundir-se, com o correr do tempo, no typo americano. [4]

Fóra desse caso insulado, a idéa prima das federações é a limitação do poder legislativo pela Constituição e a expansão do poder judiciario como orgam supremo da hermeneutica constitucional.

Nas principaes constituições da America latina sobresae a transplantação do principio firmado na dos Estados Unidos.

---

[1] "Der Richter wird dann (unabhängig von neuen Landsgemeindebeschlusz) die Rechtsfrage zwischen Volk und den Rechtdarschlagenden nach Eid und Gewissen entscheiden."

[2] Adams and Cunningham: *The Swiss Confederation* (Lond. 1889), pag. 268.

[3] Moses: *Op. cit.*, pag. 162. — Dicey: *Law of the Const.*, pag. 156.

[4] Dubs, *loc. cit.*, pag. 176.

A do Mexico, art. 101, dispõe:

"Los tribunales de la federacion resolverán toda controversia que se suscite:

"1º Por leyes ó actos de qualquiera autoridad, *que violen las garantias individuales.*

"2º Por leyes ó actos de la autoridad federal, que vulneren ó restrinjan la soberania de los estados.

"Por leyes ó actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal."

Isto se decretava em 1857. A Constituição argentina, adoptada tres annos depois, segue a mesma corrente. Basta considerarmos o art. 100 nas suas primeiras palavras:

"Corresponde á la corte suprema i á los tribunales inferiores de la nacion el conocimiento i decision de *todas las causas que versen sobre puntos rejidos por la Constitucion.*"

A da Bolivia, promulgada em 1871, attribue (art. 82, 2º) á corte de cassação a competencia, para "conocer de los negocios de puro derecho, cuya decision dependa *de la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de las leyes*". [1]

A de Venezuela (anno de 1874) determina entre os objectos da jurisdicção commettida á

---

[1] Ver AROSEMENA: *Estudios constitucionales* (Par., 1888), vol. I, pag.

alta côrte federal, "declarar cuál sea la ley vijente, cuando se hallen en colision las nacionales entre si, ó éstas con lás dos estados, ó las de los mismos estados" (art. 89, 90), clausula onde "naturalmente se comprehendem os casos de inconstitucionalidade das leis secundarias". [1]

A Constituição estabelecida para o Haiti em 1879 prescreve (art. 156) que "os juizes recusarão applicar as leis inconstitucionaes". [2]

Nas colonias parlamentares de Inglaterra essa regra é geral. [3] Ellas gosam do auto-governo; mas suas assembléas representativas não podem adoptar leis, que vão de encontro ao direito geral do imperio britannico, ou á organização dada ás colonias por estatutos imperiaes. Eivados de inconstitucionalidade consideram-se os actos das legislaturas locaes, que os infringirem. Essa jurisdicção colloca os tribunaes canadaenses e os das outras dependencias inglezas, parlamentarmente constituidas, numa situação semelhante á das justiças dos Estados Unidos, acima, como estas, do poder legislativo, quanto á interpretação das leis. [4]

---

[1] Arosemena, vol. II, pag. 178.

[2] *Annuaire de législation étrangère*, 1885, pag. 829 e seg.

[3] Alpheus Todd: *Parlamentary Government in the British Colonies* (1880), pags. 219–20, 375.

[4] Munro; *The Constitution of Canada* (Cambridge, 1889), pags. 11–12.—Bourinot; *Canadian studies on comparative politics* (Montréal, 1890), pag. 24. — Moses: *The Federal Govern. of Switzerland*, pag. 146 e seg. — Joseph Doutre: *Constitution of Canada* (Montréal, 1880), pag. 331.

Assim, onde quer que se levante o principio federativo, a superioridade da Constituição ás leis ordinarias concretiza-se logo na funcção judicial de custodiar a primeira contra as segundas. [1] "Aos olhos dos estadistas europeus esse poder dos nossos tribunaes parece uma maravilha em permanencia; mas, para o americano, não é mais que o resultado natural e obvio de toda Constituição escripta. Elle é, de feito, o corollario imperioso das fórmas limitadas de governo. Si a legislatura se acha investida apenas em faculdades restrictas, todo acto, que exorbite desses limites, é desauctorizado, *ultra vires* (em linguagem forense), isto é, exorbitante das forças do poder legislativo, e baldo, portanto, de vigor. Qualquer pessoa poder-lhe-ha negar obediencia, porque esse acto é nullo de todo o ponto, e os tribunaes, evidentemente, não lhe podem attribuir effeito." [2] Professa-se essa regra da superioridade da Constituição ás leis, diz outro escriptor respeitavel deste continente, um publicista chileno [3], "onde quer que haja uma Constituição escripta, e naturalmente se

---

[1] No mesmo sentido: LIEBER, *On civil Liberty* (ed. de 1883), pags. 162-3. — HARE, *Americ. Const. Law*, I, 120-21. — SEMMES, em CARSON'S *Supreme Court*, 660.—MAINE: *Popul. Govern.*, pag. 217. — DOUTRE: *Const. of Can.*, pag. 331.—BRYCE: *Amer. Comm.*, I, 341.— GEORGE T. CURTIS: *Constitutional History of the Un. States*, vol. I (ed. de 1889), pag. 593.—TAYLOR: *Growth of the Engl. Const.* pag. 73.

[2] LAWRENCE LOWELL: *Essays on Govern.*, pag. 40.

[3] AROSEMENA: *Estudios const.*, vol. I, pags. 387-8.

desprende destes dois elementos: 1º que a Constituição, dada por meios especiaes e extraordinarios, crea o poder legislativo do mesmo modo que os demais; 2º que o introduzir de alterações na Constituição requer processo especial e distincto do que se emprega, para fazer as leis secundarias. Permittir a applicação de uma lei inconstitucional o mesmo seria que auctorizar reformas operadas pelos meios communs de legislar, sanccionar um contraprincipio, destruir por negligencia e timidez o que resolutamente se estabeleceu com pleno conhecimento de causa."

Logo, o art. 59, § 1º *b*, e o art. 60 *a* da Constituição brasileira, que terminantemente commettem aos tribunaes federaes, desde a instancia inferior, conhecer dos pleitos, onde se invoque o pacto federal, e se litigue ácêrca da validade das leis perante elle, consagram uma idéa impreterivel na especie de organização que pretendemos naturalizar; e o seu commentario illustrativo está nos annaes do federalismo, em toda a parte onde elle tem realidade coherente.

MARSHALL, no caso *Cohen contra o Estado da Virginia*, enunciou uma verdade de ordem primaria neste systema de governo, estabelecendo que "o poder da justiça, em toda Constituição bem formada, ha de ser *coextensivo com o da legislatura*, e deve estar apparelhado, para resolver todas as questões, que surgirem do direito consti-

tucional, ou das leis." [1] Esta proposição, accrescentava elle, pode considerar-se como *axioma politico*. HAMILTON escrevia, na sua apologia immortal do regimen americano: "Si existe axioma politico irrefragavel, é o que prescreve ao poder judiciario extensão egual á do legislativo." [2] Com a mesma energia insiste STORY [3] neste dogma de politica constitucional, e, como elle, KENT [4], HARE [5], COOLEY [6], todos esses luzeiros que illuminam a sciencia do direito federativo. [7] E TOCQUEVILLE, cuja auctoridade não empallidece entre essas, diz: "O ambito do poder judicial, no mundo politico, deve ser commensurado ao do poder electivo. Si estas duas coisas não andarem a par, o Estado acabará por cahir em anarchia, ou servidão." [8]

Felizmente a Constituição brasileira não descurou dessa necessidade. Sua letra e seu espirito imprimem á justiça federal esse vigor, essa elevação, asseguram-lhe essa dignidade e essa efficacia, que, no regimen federativo especialmente [9], representam a primeira condição

---

[1] JOHN MARSHALL, *Writings upon the Const.*, pag. 228.
[2] *The Federalist*, LXXX, pag. 495.
[3] *On the Const. of the Un. States*, I, pag. 399.
[4] *Comment.*, I, pag. 313.
[5] *Americ. Const. Law*, II, pag. 988.
[6] *Constitutional History as seen in the develop. of americ. law*, pag. 34.
[7] HARE, I, pag. 119.
[8] *De la Démocr. en Amér.*, vol. I, pag. 121.
[9] DOMENICO ZANICHELLI: *Del governo di gabinetto* (Bologna, 1889), pag. 154.

de vitalidade e harmonia. Sua funcção de declarar si os actos do Congresso transgridem, ou não, o pacto republicano [1] é, entre nós, tão ineluctavel como nos Estados Unidos. Si ella tem alli "o poder de fixar virtualmente a lei" [2], entre nós não o tem menos. Si alli essa missão de fixar a lei, fulminando nullidade, na applicação judicial, ás provisões legislativas, inquinadas de vicio contra a Constituição, é o elemento sobre todos poderoso na idéa nacional de justiça [3], este traço capital não avulta em menor relevo na physionomia actual do nosso regimen. Si os constituintes americanos viam nos tribunaes "os baluartes de uma Constituição limitada contra as invasões legislativas" [4], nessa inspiração se embeberam egualmente os nossos, modelando pelo mesmo padrão as instituições congeneres no Brasil novo. Si o seu objecto, em summa, no exemplar trasladado por nós, é "manter a Constituição contra as leis" [5], fazer respeitar a Constituição pelos proprios legisladores [6], a cópia, aqui, stereotypou o original, formando

---

[1] LIEBER: *Op. cit.*, pag. 163.— ALLEN BUTLER: *The origin of the Supreme Court and its place in the Const.* CARSON 's *Supr. Court*, pag. 611.

[2] L. LOWELL, *Essays*, pag. 120.

[3] BUTLER, *Op. cit.* (CARSON, II), pags. 612, 617.—HITCHCOCK, *loc. cit.* (CARSON, II), pags. 642, 644.

[4] HAMILTON: *The Federalist*, LXXVIII (ed. de 1888), pag. 487.

[5] ATT. BRUNIALTI: *Guida allo studio del diritto costituzionale*, (Tor., 1882), pags. 232, 235.

[6] PIERANTONI: *Trattato di diritto costituzionale*, vol· I, pag. 242.

exactamente a justiça brasileira á sua imagem, poder real entre os outros, dotado amplamente, como na America do Norte, de funcções da soberania [1], juiz exclusivo da extensão de sua propria auctoridade. [2]

Em summa, pois :

Aos tribunaes federaes compete declarar a nullidade dos actos legislativos por quebra da Constituição Federal.

Essa declaração, regularmente provocada, corresponde, para as justiças da União, não só a um direito legal, como a um dever inevitavel.

II

ACTOS DO PODER EXECUTIVO

Claro está que, si a justiça, neste regimen, é a instituição repressiva dos abusos do Congresso, por maioria de razão não póde evadir-se á auctoridade della a acção inconstitucional do executivo.

---

[1] Hostos : *Lecciones de derecho constitucional* (S. Domenico, 1887), pag. 243.

[2] "Erecting the judiciary into a department of the government *which is the sole judge of the extent of its powers...*" Hare : *Americ. Const. Law*, I, pag. 120.—"The Federal Supreme Court is *final judge of its own authority.*" Cooley : *Const. History in the development of Americ. Law*, pag. 40.

MARSHALL, constitucionalista sem rival entre os constitucionalistas americanos [1], proferia uma sentença inabalada até hoje, quando, no feito *Marbury versus Madison*, escreveu: "Si o presidente excede a sua auctoridade, ou usurpa a de um dos outros ramos do governo, suas ordens, instrucções, ou decretos não protegem a ninguem, e os agentes, que as executarem, ficam pessoalmente responsaveis por seus actos. O freio dos tribunaes consiste, pois, na faculdade, que lhes pertence, de *manter o executivo dentro na esphera de sua auctoridade, recusando sancção juridica a qualquer acto, a que elle fóra della se aventure.*" [2]

STORY desenvolve a mesma lição: "O dever, que incumbe aos tribunaes, de declarar inexequiveis todas as leis inconstitucionaes adoptadas pelo Congresso, ou pelas assembléas dos Estados, prevalece de modo identico, sempre que qualquer outro ramo do governo, local, ou nacional, exorbite de suas funcções constitucionaes." [3] Os poderes republicanos são mandatarios da nação soberana dentro no terreno das faculdades que ella lhes traça. Na Constituição está o instrumento do mandato, que lhes limita o

---

[1] "The common consent of your countrymen has admitted you to stand without a rival." STORY, I, pag. III.

[2] MARSHALL'S *Writings on the Feder. Const.*, pag.,

[3] STORY: *Comm.*, II, § 1842.

perimetro legitimo de acção. Ella é parte essencial de cada lei e de cada acto administrativo, "tanto quanto uma procuração o é da escriptura celebrada em nome da auctoridade que ella confere." [1] Todo arbitrio exercido além desse termo é vão e inutil como os actos do falso procurador. "O presidente não tem faculdades de dispensar na lei." [2] Si o fizer, ainda que procure acobertar-se sob o pretexto de auctorizações legislativas, tão nullo será o procedimento do chefe do Estado, quanto o da legislatura cuja sombra sobre elle se projecta. E o poder a quem se commette o exame da controversia, a decisão entre o executivo e o individuo aggravado pelo abuso, não póde ser senão a justiça. A decisão de MARSHALL, proferida ha noventa annos, "adquiriu força de lei" [3], com a acquiescencia de todas as gerações, que se lhe têm succedido, porque essa decisão nascia fatalmente da essencia das instituições, cujo espirito interpretava. O principio desse aresto firmava a distincção fundamental entre os governos da lei e os governos pessoaes, *between a government of laws and a government of men*", na phrase eloquente do grande juiz americano. [4]

---

[1] "As a letter of attorney is of the deed executed under the authority which it confers." HARE, I, pag. 121.

[2] DAVIS: *The relations of the three departments as adjusted by a century*, pag. 51.

[3] *Ibid.*

[4] HITCHCOCK: *Const. Hist. in the developm. of am. law*, pag. 77.

As sentenças proferidas no desempenho desse *dever*, como lhe chamam todos os publicistas e jurisconsultos daquelle paiz, obrigam a administração. "E' obrigação constitucional do poder executivo", diz BURGESS, um dos mais modernos [1] (para citar um, dentre innumeros) "*obedecer ás decisões definitivas dos tribunaes dos Estados Unidos* em relação aos direitos e immunidades individuaes, e executar as leis de accôrdo com ellas." Desta proposição, ninguem poderá duvidar neste regimen: "*No one doubts that the executive is bound by a judicial construction of a statute.*" [2]

Nem esta regra vigora unicamente nas republicas federativas, ou depende especialmente das peculiaridades do regimen americano. Ella é commum *a todos os paizes constitucionaes*, e vigora indifferentemente nas democracias republicanas, ou nas monarchias representativas.

Quanto á Italia, por exemplo, eis as palavras do mais auctorizado entre todos os seus professores de direito constitucional [3]: "A administração administra livremente, no circulo de acção descripto pela lei. A magistratura julga, não só

---

[1] JOHN BURGESS: *Political Science and comparative constitutional law* (Boston, 1891), vol. I, pag. 178.

[2] L. LOWELL: *Essays*, pag. 122. — No mesmo sentido: KENT, *Constitutional development since 1864*, pags. 203, 205; CURTIS, *Const, History*, I, pag. 592.

[3] LUIGI PALMA: *Corso di diritto cost.*, vol. II, pag. 622.

os particulares, mas os funccionarios publicos e as contestações com a publica administração, toda vez que se tracte, não de apreciar interesses, esphera de acção cujo dominio a lei lhes attribue, nem de annullar as ordenanças, os decretos e os actos da sua competencia, por isso que o poder judiciario não tem o direito de substituir-se ao executivo, mas de pronunciar-se *acerca da violação de direitos individuaes, que esses actos hajam lesado.*" E adeante: "Para a justiça, isto é, para a interpretação e applicação da lei, para a resolução dos pleitos juridicos, temos a ordem judiciaria, a qual deve ser investida neste poder em toda a sua amplitude, a saber, não só entre particulares e nas questões de interesse privado, mas tambem nas que se agitarem com a administração, *interessando o direito publico*, designadamente no tocante *á constitucionalidade*, assim das circulares e actos ministeriaes, como dos regulamentos e *decretos régios*, ou á conformidade delles com as leis e a recta interpretação dellas. Em faltando essa conformidade, ou verificando-se usurpação do poder legislativo nesses actos do executivo, a justiça, nas especies particulares, cingindo-se ao caso submettido á sua apreciação, tem *o direito e o dever* de negar-lhes de todo effeito juridico." [1]

[1] *Ib.*, pags. 623-4.—No mesmo sentido Ugo, *Leggi incostituz.*, pags. 40, 203, 204, e Sarêdo, *Trattato delle leggi*, pag. 145.

Na Belgica a Constituição prescreve (art. 107) que "as côrtes e tribunaes só applicarão os decretos e regulamentos *geraes*, provinciaes e locaes, *quando conformes ás leis.*" A justiça belga só obedece ás deliberações do poder executivo, só as sancciona em suas sentenças, "quando o poder executivo *não transpõe o circulo de suas attribuições constitucionaes.*" [1]

Das Ilhas Britannicas bem se sabe que "uma das pedras angulares da liberdade ingleza consiste na doutrina de que todo o poder executivo se acha preso nos limites estrictos da lei." [2] "O direito, attribuido por nós aos tribunaes, de examinarem si os actos do governo se coadunam com os principios constitucionaes", diz um jurisconsulto americano [3], firmou-se, desde eras remotas, na Inglaterra." "Esse principio", observa ainda o mesmo escriptor," serviu da maior utilidade em collocar o poder judiciario a par do executivo, proporcionando ao povo inglez os meios de consummar pacificamente a conquista de sua liberdade." [4]

Diz este ultimo jurisconsulto, *conselheiro de estado* do rei Humberto:

"Se il potere esecutivo se attribuisca facoltà che non hà, ed ecceda i confini del mandato chiaramente formulato, le leggi da lui promulgate, malgrado l'osservanza delle forme, sono incostituzionali, I cittadini possono rifiutare di obbidire a codeste leggi, *e i tribunali, di applicarle.*" (*Ibid.*)

[1] THONISSEN: *La const. belge annotée* (3eme ed.), n. 505, pag. 331. —Cf. GIRON: *Le droit publique de la Belgique* (Brux., 1884), pag.154.

[2] BRYCE: *The Amer. Comm.*, I, pags. 327, 345.

[3] HARE, I, pag. 135.

[4] *Ib.*, pag. 136.

Ainda nas monarchias, portanto, os actos do executivo, perpetrados por ordem ou em nome da coroa, nem por isso estão escudados contra a nullidade, si discrepam da Constituição. Entretanto, alli, a magestade do throno, por um lado, com suas tradições e seus direitos, e, por outro, a dignidade dos ministros, como procuradores do parlamento, concentram nos actos da administração uma dupla auctoridade, que, apoiando se em ambos os poderes, de ambos moralmente participa. No plano de nosso regimen, porém, o executivo é um braço da Constituição, limitado em sua efficiencia ao raio que ella lhe descreve. O corpo legislativo aqui não impõe ao chefe do Estado os seus conselheiros, nem se entrelaça com a administração pelas combinações do systema parlamentar. Como, pois, desfructaria, a beneficio de seus actos, quando incompativeis com a lei fundamental, o privilegio de immunidade ás sentenças da justiça, denegado aos proprios decretos do poder legislativo? Em Inglaterra o parlamento é omnipotente: a justiça não perscruta a constitucionalidade de seus actos. Sendo, pois, o executivo alli uma commissão do parlamento, que governa por auctoridade deste, comquanto em nome do rei, suas resoluções deveriam, parece, estar egualmente ao abrigo da syndicancia constitucional dos tribunaes. Mas a mesma jurisprudencia que estabelece a superioridade do

parlamento aos julgados da magistratura, subordina a esses julgados o governo do monarcha. Quem leu uma vez a historia de Inglaterra, que esquecesse jamais o episodio instructivo de WILKES? Submettido pelo governo de Jorge III a um processo tumultuario, victima de uma ordem inconstitucional de prisão, expedida pela corôa, o celebre editor do *North Briton*, ao mesmo passo que arcava, de um lado, com a camara dos communs, apoiado em reeleições successivas, successivamente annulladas, vencia, nos tribunaes, o poder executivo. O governo pessoal do famoso soberano, com todos os recursos da corrupção ministerial flagellada por JUNIUS, não conseguiu esmagar a liberdade individual, personificada, por triste accidente, num homem que as suas paixões e os seus vicios condemnavam á desconsideração social. Os tribunaes fecharam os olhos ao amor proprio do rei, á magestade do sceptro, á força dos ministros, á reputação deploravel do perseguido; e fulminaram a perseguição coroada com uma serie de sentenças, que, além de todas as decepções infligidas ao governo, custou ao erario, segundo as declarações contrafeitas de lord North, mais de cem mil libras esterlinas em perdas e damnos. [1]

---

[1] P. FITZGERALD: *The life and times of John Wilkes* (Lond,, 1888), vol, II, pag, 19,—RAE: *Wilkes, Sheridan, Fox, the Opposition under George* III, (N, York; 1882), pag, 45,

Os actos do presidente da Republica brasileira no fim do seculo XIX não podem ter mais força contra os preceitos formaes de uma Constituição escripta como a nossa, do que a tyrannia parlamentar da casa de Hanover, em meiados do seculo XVIII, contra o espirito de uma Constituição indeterminada como a de Inglaterra.

A Constituição brasileira (art. 60) incumbiu aos juizes e tribunaes federaes " as causas, em que alguma das partes fundar a acção, ou a defesa, em disposição da Constituição federal." As causas, que agora defendo, são dessa ordem, porque nellas se argúe o poder executivo de haver quebrantado o pacto republicano em suas disposições. Da mesma ordem são todas lides, em que os auctores, ou os réos, increparem a administração publica de ter desconhecido o direito constitucional. Todos esses litigios, conseguintemente, caem na competencia dos tribunaes da União. O art. 60 não exceptua, não distingue, não limita: submette indifferentemente a essa auctoridade todas as questões, logo que uma das partes invoque a Constituição federal. Si aquelle, contra quem a invocam, é o poder executivo, nem por isso procede menos a determinação do artigo citado. Pelo contrario. Individuo, ou governo, o infractor, pretenso, ou real, da Constituição, não pode esquivar o imperio da justiça.

Fiquemos aqui, pois, com esta conclusão indisputavel:

A nullidade dos actos inconstitucionaes do poder executivo, como a dos do legislativo, e por maioria de razão, firma-se mediante acção judicial.

III

CONDIÇÕES DA ANNULLAÇÃO JUDICIAL

O honrado procurador da Republica muito pouca justiça nos faz, aos tribunaes e a mim, quando nos desfecha, como raio, esta proposição: " O poder judiciario não tem competencia, para *revogar* actos politicos do poder executivo."

Perdoe-me o nobre contradictor. Qualquer estudante dos manuaes de direito constitucional, que, nas escolas americanas, se distribuem ás crianças, tem noção de que o poder judiciario não *revoga* actos de outro poder. Estudante sou tambem destas materias, mas estudante velho, que não esperou a revolução, para versar estes livros, que os compulsa, e os ama, ha vinte e cinco annos, edade de uma geração. Por muito rude que fosse o alumno, a vontade era muito boa ; e, a poder de cavar no sulco precioso, sempre descobri alguma coisa mais do que o que o meu eminente compatriota me atira

como lição. Não é sómente contra as deliberações *politicas*, da administração, ou do Congresso, que os tribunaes não dispõem de auctoridade *revogatoria*. Os tribunaes só revogam sentenças de tribunaes. O que elles fazem aos actos inconstitucionaes de outros poderes é coisa technicamente diversa. Não os revogam: desconhecem-n'os. Deixam-n'os subsistir no corpo das leis, ou dos actos do executivo; mas a cada individuo, por elles aggravado, que vem requerer contra elles protecção, ou reparação, que demanda a manutenção de um direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante, que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem á lei, violada pelo governo, ou á Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.

Eis a minha intenção; eis o fim destas acções; e, neste terreno, em que pese ao ministerio publico, ellas são inexpugnaveis.

Eu não precisava de recorrer aos auctores americanos, para achar a consagração da regra, que me satisfaz, e me dirige. Bastava-me qualquer commentador das constituições européas, ao discutir a posição dos juizes nos pleitos movidos contra actos illegaes da administração. Sobre a validade desses actos, como já vimos, sentenceia a justiça, ainda em paizes onde não tem direito de sentencear sobre os actos

inconstitucionaes da legislatura. Que pretende um cidadão, quando, na Inglaterra, na Italia, na Belgica, recorre aos tribunaes contra um decreto executivo? A *revogação* desse decreto? Certo que não: simplesmente a sua immunidade pessoal em relação a elle. Um dos mais venerandos expositores da Constituição belga observa, a este proposito: "La Constitution leur attribue" (aos tribunaes) "de *ne pas tenir compte* des actes illégaux attentatoires aux droits civils et politiques des citoyens; mais l'arrêté ou le réglement qu'ils refusent d'appliquer *n'en reste moins debout.*" [1] Não se leva em conta o acto illegal: despreza-se; isto é, assegura-se contra a applicação delle o impetrante. *On ne tient pas compte de l'acte. Mais il n'en reste moins debout.* Mas nem por isso o acto deixa de perdurar, nos seus effeitos geraes, a respeito de todos aquelles, que não demandarem a restituição, ou a nullidade. Uma hypothese, por exemplo, com respeito ao caso vertente. Cem pessoas, supponhamos, foram violentamente colhidas nos actos, com que o governo, em abril, preludiou e consummou o estado de sitio. Mas apenas uma, ou cinco, ou dez pugnam judicialmente por seus direitos. O tribunal (vamos de hypothese em hypothese) julga de conformidade com o pedido. Abrogaram-se os decretos de abril?

---

[1] THONISSEN: *Op. cit.*, pag. 332, n. 507.

Não: perduram em todas as suas consequencias, quanto aos que se abstiveram de pleitear.

Depois, a imputação, que me assaca o ministerio publico, de promover a *revogação* de um decreto do poder executivo, pecca solemnemente contra a realidade material dos autos. Não pedi á justiça federal que abrogasse os actos de 9 e 12 de abril, que restituisse os officiaes reformados ao quadro do exercito, que reintegrasse os lentes demittidos nos quadros do magisterio. Si tal o fizesse, seria decente a objecção. O governo poderia pretextar, nesse caso, em resposta, que os tribunaes, attendendo á acção, invadiam terreno administrativo. Mas, precisamente por evitar esse escolho technico, busquei o desvio natural e legitimo, reclamando, não a reposição dos prejudicados nos cargos, onde o seu regresso poderia contrariar melindres, ou interesses da administração, mas a satisfação do damno e a manutenção da propriedade, que, perpétua por declaração constitucional, representa direitos inaccessiveis ao alcance do poder.

Eu sabia que o remedio judicial contra os actos inconstitucionaes, ou illegaes, da auctoridade politica não se deve pleitear *por acção directa e principal.* A regra é que "os tribunaes não podem conhecer da legalidade de taes actos, senão emquanto são chamados a contribuir para a sua execução: *quando o governo, ou os parti-*

culares invocam os tribunaes, para obter uma condemnação civil, ou criminal. Então, antes de se associar a elles, a justiça *é obrigada* a examinar o valor do acto, que se pretende em vigor; e, si o acha inquinado de illegalidade, si o poder administrativo sahiu do circulo de suas attribuições, é dever della abster-se de apoial-os com o seu concurso." [1] Por este motivo não me dirigi á justiça federal, dizendo-lhe: " Estas demissões, estas reformas são inconstitucionaes. Mandae-me cancellar estas reformas, estas exonerações. " Não; em tal leviandade não resvalava eu, por mais ruim aprendiz que me supponha o meu digno antagonista. O que eu requeiro da justiça, é o que a justiça me não pode negar. Estes actos do executivo, digo, esbulharam os meus constituintes de uma parte inviolavel de seu patrimonio: a posse de um titulo legal a certas e determinadas prestações do Thesouro. Mas eu não podia articular a minha intenção, sem esteial-a. E, para esteial-a, é que me foi mister demonstrar a inconstitucionalidade da medida, que subtrahiu aos meus clientes essa vantagem. A inconstitucionalidade, portanto, não se adduz como alvo da acção, mas apenas como subsidio á justificação do direito, cuja reivindicação se discute. O advogado não podia aventurar a affirmação de um direito, sem

---

[1] Thonissen, n. 508.

lhe sobpôr a base. A base qual é? A Constituição, que positivamente garantiu esse direito. E porque m'o arrancaram a despeito dessa garantia suprema? Em virtude de uma resolução do presidente da Republica. E eis ahi, frente a frente, no pretorio, o presidente da Republica e a Constituição, sem que eu aliás fizesse do presidente da Republica, ou da Constituição, o objecto da causa. Entre uma e outro ha direitos, que se dizem violentados. Sobre esses direitos versa o litigio. O valor relativo dos dois principios, que se representam no chefe do Estado e na Constituição, acareados nos actos de um e nos textos da outra, não entra na lide senão como elemento de julgar: não é o seu ponto de mira judicial. O principio geral debate se a proposito do caso particular [1]; e a sentença ha de resolver simplesmente o caso particular, ainda que a importancia do incidente possa deixar á sombra o alcance do principal.

A questão foi assentada por mim, pois, nos unicos termos, em que podia ser posta, de conformidade com o rigor technico das regras, que a situação me impunha. E' a primeira vez que, neste paiz, se intenta uma acção desta natureza. A que devia eu soccorrer-me? Evidentemente, ao espirito das novas instituições e aos canones

[1] De Noailles: *Cent ans*, II, pags. 166–7,

consagrados de sua jurisprudencia na terra de seu berço. A impugnação do ministerio publico denota a mais absoluta ausencia de intuição constitucional nestes assumptos, constrangendo-me a evocar auctoridades sobre auctoridades, uma vez que a minha é tão fraca,e a do meu contradictor tão elevada. A' conta desse dever, releve-me o colendo juiz a dureza da penitencia, acompanhando-me neste ensartar de citações, a que me força a linguagem da defeza. Para os nossos habitos, a razão pouco vale. Estamos na escola: ainda não aprendemos a amar a verdade senão atravez de Platão e Aristoteles. Tudo, entre nós, se contesta, e tudo se defende. O melhor argumento, portanto, é o verbo dos mestres. Elles que me ajudem.

Este methodo americano de resolver, de julgar as mais vastas questões de direito constitucional a proposito de litigios de direito privado, é um desses inestimaveis legados, que a America recebeu de Inglaterra nesse thesouro do *common law* [1], onde se crystaliza em gemmas de eterno valor o genio juridico dos saxonios. Foi num pleito desses que MANSFIELD julgou e condemnou a escravidão em Inglaterra. Os tribunaes não discutem esses assumptos *in abstracto*, sobre proposições geraes. Não intervêm na elaboração

[1] BRYCE, I, pag. 345.

da lei, nem na sua applicação geral. Não são orgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração. Sabe-se como em 1793 se baldou a tentativa de Washington, solicitando á Suprema Côrte um parecer. [1] A justiça não é auxiliar dos que decretam a lei, nem dos que a executam. Nem preparadora, nem revisora, tambem pode ser. "Nunca devem os juizes pronunciar-se acerca de uma lei", dizia MADISON, "senão quando sobre ella se demandar perante elles. *They ought never to give their opinions on a law, until it comes before them*". [2] E' um poder de hermeneutica, e não um poder de legislação. Assegura a estabilidade dos principios constitucionaes, simplesmente "pelo julgamento de casos concretos", [3] não mediante acção espontanea do juiz, *officii munere*, mas á reclamação das partes interessadas. Dahi o dizer um admiravel escriptor politico que o federalismo substituiu a lucta legislativa pela lucta judiciaria: "*Federalism substitutes litigation for legislation.*" [4]

Ora, o primeiro caracter de todo litigio é a provocação do interessado. Ella dá impulso á intervenção judicial, que aliás nunca se produziria. Esta noção é fundamental; mas, até hoje,

---

[1] STORY, II, § 1571.
[2] Cit. por BUTLER. Em CARSON, II, pag. 604.
[3] HITCHCOCK. (CARSON, II, pag. 644).
[4] DICEY, pag. 164.

raros a têm comprehendido entre nós. Dahi ouvirmos frequentemente extranhar a inercia dos tribunaes ante certos attentados officiaes contra a Constituição. Para os tribunaes esses factos, seja qual fôr a sua gravidade, não têm existencia, emquanto não forem levados á sua presença pela iniciação de uma lide, "*at the suit of an individual*". [1] Não lhes cabe poder de iniciativa, diz WOODROW WILSON [2]; hão de esperar pela vontade dos litigantes. "*They must wait until voluntary litigants have made up their pleadings* ". Nas palavras de TOCQUEVILLE: "*Un des caractères de la puissance judiciaire est de ne pouvoir agir que quand on l'appelle, ou, suivant l'expression légale, quand elle est saisie. De sa nature le pouvoir judiciaire est sans action; il faut le mettre en mouvement, pour qu'il se remue.*" [3]

Intervindo a iniciativa individual, entra em acção o processo. O processo; quer dizer: a fórma juridica de abrir o exame contradictorio do assumpto, e submettel-o á decisão da justiça. Outro ponto este, em que entre nós se tem claudicado deploravelmente. Imaginam que uma petição, uma representação, uma exposição, qualquer

---

[1] HARE, I, pag. 123.

[2] *Congressional Government*, pag. 35.

[3] TOCQUEVILLE, *Démocrat.*, I, pag. 165. No mesmo sentido, SAINT GIRONS, *Dr. Constit.*, pags. 579-80.

meio trivial de levar a materia ao conhecimento do juiz, como se levam as questões de policia, ou administração, ao conhecimento de um chefe de serviço, basta, para determinar a deliberação judicial. A proposito de tudo fallam em *recursos*, como si fosse possivel encetar uma acção por um recurso, quando todo recurso presuppõe sentença anterior, ou *recorrer* da administração para a justiça. Erros sobre erros, em materia, que aliás, para a sua boa intelligencia, reclama apenas um pouco de attenção e criterio. Todo juizo tem solemnidades, que, na grande maioria dos casos, são garantias essenciaes do direito. E' preciso, para cada especie, fixar a questão, a jurisdicção e a acção. E a acção, como a jurisdicção, como as vias de recurso, têm regras necessarias de selecção, que, violadas, compromettem a substancia pelos erros de fórma. Poderá o ministerio publico dizer que escolhi mal a jurisdicção, ou a acção?

Mas preciso acompanhar-me dos mestres, para não deixar as minhas asserções improvadas.

Eis STORY [1] :

"Este ramo do governo só pode ser chamado a sentencear lides, que se lhe anteponham em fórma legal".

---

[1] *Commentaries*, II, pag. 3888, § 1571.

COOLEY [1] :

"Nenhuma auctoridade têm os tribunaes, para decidir questões abstractas: é necessario que ellas possam revestir o aspecto de verdadeiros litigios."

LIEBER [2] :

"O tribunal não resolve directamente sobre os actos da legislatura. Delibera simplesmente, para o caso de que se tracta, si ha, em verdade, collisão entre leis differentes, e, na affirmativa, não sendo possivel concilial-as, qual a que pela sua proeminencia ha de prevalecer. Em resultado, entretanto, como essa decisão ficará constituindo aresto para os casos congeneres, emquanto não fôr competentemente revogada, a questão de constitucionalidade estará virtualmente solvida, e solvida por um processo natural, facil, legitimo, seguro, de accôrdo com a supremacia da lei e a independencia da justiça."

WALKER [3] :

"O poder judiciario não estabelece preceitos, senão para casos individuaes. Sua funcção capital é julgar, e esta só se estende ás partes em juizo... E' necessario que se formule uma *causa*, isto é, que se instaure a lide, segundo o curso regular das acções judiciarias."

---

[1] *The General principles of Constit. law in the Un. St. of Amer.* (Bost., 1880), pag. 139.

[2] *On Civil Liberty*, pag. 164.

[3] *Introduction to American Law* (Boston, 1887), pags. 109, 118.

JAMES KENT [1] :

" Compete-lhe determinar a lei suprema, toda à vez que, perante elle, se formule judicialmente uma acção."

BANCROFT [2] :

" A sentença de um tribunal, em todas as causas submettidas á sua jurisdicção, é definitiva entre as partes no feito... Sob esta reserva, a Constituição dá aos juizes o direito de confrontarem com ella qualquer acto do Congresso."

WILLOUGHBY [3] :

" Presume-se valido todo acto do poder legislativo. Só se lhe põe á prova a constitucionalidade, quando aventado no tribunal em caso particular. O tribunal não vai jamais ao encontro de uma lei, nem antecipa juizo acerca de sua inconstitucionalidade. E' independentemente de sua vontade que se lhe depara a questão politica. Sentenceia a respeito da lei, unicamente porque é obrigado a sentencear o pleito."

CHARLES KENT [4] :

" Nenhum tribunal federal pode resolver questões constitucionaes, senão quando suscitadas em processo. Essa competencia resulta da obrigação de declarar a lei entre os litigantes...

---

[1] *Comment.*, I, pag.
[2] *History of the Constit. of the Unit. States*, II, pag. 198.
[3] *The Supr. Court of the Un. States*, pag. 36.
[4] *Const. Hist. in the develop. of Americ. Law*, pags. 203, 204.

Annos e annos podem correr, sem que se controverta sobre a validade de uma lei, ou de um acto do poder executivo. Mas, si em qualquer tempo se promover demanda, na qual as pretensões de alguma das partes offereçam relação com esse acto, os tribunaes têm o dever de sentencear sobre a sua constitucionalidade."

MULFORD [1] :

" O poder judiciario emmudece, emquanto a discussão de um feito lhe não abre os labios."

HITCHCOCK [2] :

"O poder dos tribunaes só se pode exercitar curialmente, resolvendo sobre o objecto real de um litigio, trazido á presença dos juizes sob a fórma prescripta na lei."

TOCQUEVILLE [3]:

"O primeiro caracter do poder judiciario, entre todos os povos, é o de arbitro. Para que se dê logar á acção por parte dos tribunaes, cumpre que haja contestação. Para que funccione juiz, é mistér que se forme processo. Emquanto uma lei não dá ensejo á impugnação, o poder judiciario não tem occasião de consideral a. Ella existe ; mas elle não a vê. Apreciando, a proposito de um processo, uma lei concernente a elle, o magistrado amplia o circulo de suas attri-

---

[1] *The Nation* (Bost., 1889), pag. 202.
[2] HAMPTON CARSON'S, *Supreme Court*, pag. 627.
[3] *Démocratie en Amérique*, I, pag. 164.

buições, mas não o ultrapassa, pois teve que julgar a lei, digamos assim, para julgar a lide.

"Immenso poder politico é o que os americanos confiaram aos seus tribunaes; mas, obrigando-os a não contrariar em as leis senão pelos meios judiciarios, diminuiram consideravelmente os riscos desse poder."

CURTIS [1]:

"Todos estes assumptos podem envolver-se, e constantemente se acham envolvidos em pesquizas judiciaes acerca dos direitos, poderes, funcções e encargos de individuos particulares, ou funccionarios publicos. Portanto, para que o poder judiciario esteja habilitado a desempenhar com efficacia suas funcções, cumpre que, nos limites da sentença reclamada, possa declarar nullo qualquer acto, ainda que legislativo, que desrespeite as prescripções constitucionaes.

STUART MILL [2]:

"Aguarda o tribunal que a questão lhe seja submettida judicialmente, em questão entre individuo e individuo. Dahi resulta a consequencia salutar de que suas declarações não se produzem na primeira phase da controversia, de que largos debates publicos a precedem, de que o

---

[1] *Const. Hist. of the Un. States*, vol. I, pag. 592.
[2] *On Representative Government*, c. XVII, pag. 304.

tribunal não julga, senão depois de ouvir a difficuldade amplamente ventilada de parte a parte por advogados de nome, e não se adeanta, na sentença, senão até onde a causa o reclamar."

SUMNER MAINE [1]:

"Este notavel poder não só é susceptivel de exercicio indirecto, e não se põe em actividade senão por força de litigios, em que sejam partes individuos, Estados, ou a União. A questão de constitucionalidade suscita se na discussão do feito, e o julgado obedece ao sentir do tribunal acerca da Constituição. Não ha exemplo de declaração de inconstitucionalidade, que não tenha sido provocada por controversia judicial."

LAWRENCE LOWELL [2]:

"O tribunal liquida as questões concernentes aos limites da auctoridade politica, do mesmo modo que outros quaesquer problemas juridicos, a saber, quando ellas surdem, no correr de um processo."

DE NOAILLES [3]:

"Não se envolve o poder judiciario com actos legislativos, antes que se suscite litigio certo e determinado, proporcionando-lhe occasião de applical-o. Não pode submettel-os ao seu

---

[1] *Popul. Government*, pags. 217–18.
[2] *Essays in government*, pag. 103.
[3] *Cent ans de républiq.*, II, pag. 196.

exame, senão a proposito de acção regular, movida por individuos directamente interessados. Até então todas as leis se reputam subsistentes, e os tribunaes não têm faculdade de aprecial-as. Deante delles não se travam debates politicos sobre o valor, ou as consequencias possiveis, de uma lei, estudada em abstracto: a polemica, estrictamente judicial, versa acerca do effeito immediato da lei, encarada em sua applicação a casos actuaes e definidos."

CARLIER [1]:

"O uso, que de taes poderes se faz, está sujeito á verificação dos tribunaes de justiça, não por modo absoluto e em todas e quaesquer circumstancias, mas apenas occasionalmente, nos pleitos submettidos ás jurisdicções competentes. Só então declaram solemnemente os tribunaes si a lei, ou o acto do poder, que se invoca, era, ou não era, conforme á Constituição. *A frequencia desta especie de lides faz passar successivamente por esta prova a maioria desses actos*, e todo julgamento proferido acerca de questões de constitucionalidade é a pedra de toque da validade dos actos e leis increpados como attentatorios da lei fundamental. O poder judiciario contém dest'arte o poder legislativo, mas em justos limites, que advertem a um e outro de que cada qual repre-

[1] *La République Américaine*, vol. IV, pag. 127.

senta o povo fraccionariamente, dependendo em absoluto de concurso dos dois a boa ordem e a harmonia constitucional."

Ante este acervo de dados positivos, de auctoridades indiscutiveis, de noções elementares, que se poderia á vontade elevar ás proporções de montanha, si me fosse licito avultar indefinidamente as dimensões a este trabalho, já demasiado extenso, estarei eu, sériamente, pelo facto de trazer aos tribunaes um caso de inconstitucionalidade flagrante e monstruosa do poder executivo, convidando a justiça a revogar decretos, a invadir esphera estranha á sua? O facto é daquelles que, ainda perante juizes europeus, em mais de um paiz, se poderia pleitear; porque alli tambem os direitos constitucionaes do individuo, feridos por arbitrios da administração, podem buscar refugio á sombra da magistratura, provocando sentenças reparadoras. Entretanto, aqui, perfilhadas por nós as instituições americanas, á primeira vez em que se tenta recorrer a este instrumento de ordem, trivialissimo, comesinho nos Estados Unidos, dando assim o unico exemplo que pode salvar este paiz, o do appello á justiça contra o delirio das paixões, levantamos uma pedra de escandalo, quando presumiamos prestar serviço patriotico, semeando habitos salutares. Realmente dir-se-hia que, com a nossa transformação politica, em vez de entrarmos na America,

segundo se suppunha, fugimos della, e estamos hoje tão distantes dos Estados Unidos quanto a China.

Não, a coarctada não tem sequer vislumbres de plausibilidade. A sentença, que peço aos tribunaes federaes, não seria revogação dos decretos de abril: seria simplesmente a declaração judicial de que elles não revogaram a Constituição, isto é, de que direitos creados por esta não podiam ser suppressos por elles. Por outra: seria a sustentação destes direitos, *em cada caso individual*, contra actos do executivo, para cuja execução o poder judiciario não podia concorrer com a sancção de seus julgados, sem incidir em cumplicidade no attentado contra a lei fundamental.

Não importa que indirectamente, pela reiteração de sentenças semelhantes, o acto do executivo se paralyzasse nalguns de seus effeitos. (Notem bem: no caso é apenas quanto a alguns; poderiam ser todos, em casos differentes, como frequentemente se dá nos Estados Unidos, e seria possivel dar-se entre nós.) Não importa, visto que o conflicto de poderes só se realizaria, si a derogação fosse formal, e não apenas virtual, si operasse por via directa, em vez de indirectamente, si cancellasse o decreto em sua generalidade, quando só lhe ataca, especie a especie, os effeitos prohibidos por lei superior.

Fallem por mim os mestres.

DICEY [1] :

"Os juizes, nos Estados Unidos, velam pela Constituição, *mas desempenhando funcções meramente judiciaes, desde que não resolvem senão pleitos submettidos ao seu conhecimento.* Naturalmente sóe dizer-se que a Suprema Côrte invalida actos do Congresso. Mas de facto assim não é. Esse tribunal *nunca sentenceia acerca de actos do Congresso.* O que faz, *é simplesmente estatuir que, numa questão dada, o individuo A tem, ou não, direito á sentença, que demanda, contra* X; comquanto, no decidir a lide, tenha o tribunal de declarar que certo e determinado acto legislativo não pode receber applicação, por exceder as faculdades constitucionaes do Congresso."

TOCQUEVILLE [2] :

"Quando um juiz impugna uma lei, em um debate obscuro, e acerca de uma applicação particular, a gravidade da impugnação furta-se em parte aos olhares do publico. A decisão tende apenas a ferir um interesse especial: a lei só accidentalmente se entretece com o caso. Aliás, censurada assim, ella não é destruida: reduz-se-lhe a força moral; mas o effeito material não fica suspenso. Pouco e pouco, sob os amiudados golpes da jurisprudencia, é que ella vem, afinal, a perecer."

---

[1] *Law of the Const.*, pag. 150.
[2] *Démocrat. en Amér.*, I, pag. 170.

DONNAT [1] :

"Si o poder executivo, ou o legislativo, excede as suas attribuições, si acontece que um ou outro infrinja direitos inviolaveis do individuo, então, naturalmente, se suscita o processo entre os cidadãos, por uma parte, e, pela outra, a lei, ou o decreto. Quem ha de ser juiz no litigio ? Quem unicamente pode sel-o ? O poder judiciario. Nem com isto se desconhece a divisão dos poderes. Desconhecida seria ella, si, promulgada a lei, o magistrado para logo se désse pressa em declaral-a *ex officio* incompativel com a Constituição. Haveria, nesse caso, encontro de attribuições, analogo ao que se produzia, quando os nossos antigos parlamentos recusavam registrar um edito régio. Mas o processo, aqui, é outro. O individuo lesado queixa-se, e, sobre a sua queixa, o juiz decide que a lei é inapplicavel, porque a Constituição o protege contra as disposições dessa lei. Sentença identica, si outros intentarem o mesmo meio. Nunca se contraria a lei rosto a rosto ; mas ella acaba por se fazer em pó (segundo a expressão de TOCQUEVILLE), e, para sahir da betêsga, ou o povo modifica a sua Constituição, ou o legislador revoga a sua lei."

---

[1] LÉON DONNAT : *Crit. de la const. brésilienne*, pag. 15,

De Chambrun [1]:

" Os tribunaes da União não têm que applicar sempre a lei, tal qual o poder legislativo a fez: compete-lhes tambem julgar si, *relativamente aos feitos que se lhe apresentam*, ella está de accôrdo com a Constituição, e, caso haja antagonismo entre as duas, cumpre-lhes observar o direito constitucional ".

Dana [2]:

" O tribunal não rejeita ou declara formalmente nulla a lei, ou decreto, inconsistente com a Constituição. Apenas decide *o caso vertente, segundo a lei*, e, si ha leis em conflicto, segundo *a que mais elevada auctoridade tem*: a Constituição ".

Woodrow Wilson [3]:

" As sentenças proferidas contra a constitucionalidade de uma lei não decretam que a lei é vã e nulla, mas que *não se executará na especie* (*that the law will not be enforced in that case*). Dahi saberão os interessados o que esperar em casos eguaes. E é *dest'arte*, indirectamente, que se leva a effeito a desejada annullação ".

---

[1] *Le pouvoir exécutif aux États Unis*, pag. 177.
[2] Wheaton: *International Law*, pag. 79, n.
[3] *Bryce's American Commonwealth*. Na *Political Science Quarterly*, vol. IV (1889), pag. 157.

Assim, por todas as partes se limita, quanto á maneira de pronunciar a nullidade, e executal-a, a acção do poder judiciario. Não se fere, nem desconhece nunca a autonomia, a especialidade das funcções dos outros poderes. O acto criminado subsiste no corpo geral das leis, ou dos decretos, emquanto o poder competente o não desfizer. A interferencia dos tribunaes circumscreve-se ao intuito de excluir da acção desse acto um direito individual, que individualmente se demonstrou estar garantido contra elle por uma lei superior a todas as leis. Essa funcção, pois, não obra senão caso a caso, a favor dos que reivindicarem a immunidade constitucional, não actuando para a serie das especies affins, senão moralmente, pelo prestigio do julgado, pela concludencia de seus fundamentos, pela paridade das suas conclusões.

A justiça não aprecia os actos impugnados senão sob um aspecto : o de offensa á Constituição. Todos os outros lhe escapam. Eis o primeiro vallo á sua jurisdicção, largo e profundo vallo, que não permitte facilmente equivocos. E' mister que a causa seja daquellas, que, segundo a expressão do pacto americano, "*arise under the Constitution, nascem da Constituição*", ou, conforme o nosso (art. 60), "se funde em disposições da Constituição Federal."

CURTIS, no seu tractado da *Jurisdicção pra-*

tica e jurisprudencia dos tribunaes dos Estados Unidos, delimita a esphera dessas hypotheses: "Uma causa instaura-se, nasce (*arises*), na accepção constitucional, toda a vez que uma controversia, relativa á Constituição, ás leis, ou aos tractados do paiz assume fórma, que a ponha ao alcance da auctoridade judiciaria, que a entregue á sua acção. Esta só se torna possivel, quando o assumpto lhe é submettido por alguem, que affirme o seu direito sob as fórmas taxadas na lei. Então está instaurada a causa." [1] COOLEY [2] explana o assumpto nestas linhas: "Diz-se que uma causa *arises under the Constitution*, suscita-se sob a Constituição, as leis, ou os tractados, quando se questiona acerca de uma faculdade conferida, um direito reclamado, um privilegio concedido, uma protecção assegurada, ou uma prohibição contida no tractado, na lei, ou na Constituição... Si a lide versa, no todo, ou em parte, sobre a interpretação, ou applicação de uma clausula constitucional, a validade ou a mente de uma resolução legislativa, o vigor ou a extensão de um convenio, a defeza de um acto de funccionario federal a titulo de obediencia á auctoridade de um poder federal... em qualquer destas eventualidades, a causa

---

[1] G. TICKNOR CURTIS: *Commentaries on the jurisdiction of the United States* (Philad., 1854), vol. I, pag. 5, § 7.

[2] *General principles of const. law*, pags. 110-11.

cabe nos termos desta provisão constitucional, na esphera de seus motivos e de sua necessidade." Em summa, para condensar tudo numa expressão synthetica, *causas sob a Constituição*, ou *causas fundadas na Constituição* se consideram aquellas, "cuja solução requer interpretação da lei organica, ou determinação das faculdades, que ella confere, ou recusa." [1]

Si a interpretação constitucional não está em litigio, os actos do Congresso, ou do executivo não são discutiveis perante os tribunaes. O primeiro requisito é este; e este requisito constitue, ao mesmo tempo, uma limitação poderosa e uma justificação irresistivel. Mas a este succedem outros.

Si uma pessoa, real ou suppostamente lesada pelo excesso legislativo, ou governativo, não mover a instauração da lide, a justiça ignora a inconstitucionalidade. E' a primeira precaução contra a hypothese de conflicto entre os poderes, de assumpção pela justiça de attribuições peculiares aos outros dois. "Um tribunal", ensina COOLEY [2], "não dará ouvidos a objecções articuladas contra a constitucionalidade de um acto, si elle não en-

---

[1] POMEROY: *An Introduction to the Constitutional Law of the United States* (10th edit.; BENNETT's), pag. 626, § 748. — HARE, II, pag. 994 e segs., 1081, 1084, 1088.

[2] *Constitutional limitations*, pag. 197.

volve direitos do articulante, e si este não tem, portanto, interesse em frustral-o. Tem-se por valida a lei, emquanto alguem não se queixar da invasão de seus direitos por ella. Só nessa hypothese, havendo quem resista á sua execução, e chame em auxilio o poder judicial, reclamando a não applicação della á sua pessoa, á sua propriedade, aos seus direitos, é que se pode levantar e sustentar a objecção de inconstitucionalidade. Com o respeito ao poder legislativo conspiram, portanto, os principios assentes de direito na conclusão de que taes actos não são nullos, senão sómente annullaveis; de onde se segue, por inferencia juridicamente inevitavel, que essa razão de nullidade só será utilizavel pelos que tiverem direito a contestar a validade do acto. Por estranhos, não. Nem fôra necessario ir além, para assegurar e tutellar os direitos de todos contra o exercicio illicito do poder legislativo. Só nesses limites, pois, têm os tribunaes de justiça competencia, para interferir."

Obvio é, portanto, que a acção judiciaria não pode estabelecer-se, onde não houver aggravo ao direito de uma pessoa. Esta condição desdobra-se naturalmente da anterior. A justiça federal não pode assumir a sua auctoridade protectora da Constituição, "senão quando os actos do poder legislativo, ou do poder executivo, collidirem com os direitos individuaes, ou a propriedade parti-

cular. Só se pode intentar a lide, quando houver *relações individuaes directamente prejudicadas.*" [1]

Tambem a sentença, ainda que *nos seus fundamentos* precise de cotejar o acto abusivo com a Constituição, contra a qual elle attenta, *no seu dispositivo* ha de retrahir-se desse terreno, *limitando-se a definir a situação juridica das partes.* "*The court determines only the rights of the parties thereto.*" [2]

E ahi tendes a que se reduz, em suas proporções technicas, essa auctoridade extraordinaria, conferida aos tribunaes no regimen hoje nosso. Suas consequencias moraes são de tal alcance, tão immensamente bemfazejas, que parece estabelecerem "uma differença essencial entre o systema americano e o de todos os outros governos populares no mundo." [3] Mas essa virtude, não a exerce o poder judiciario, essa insolita auctoridade sua não opera senão, digamos assim, *por acção reflexa.* Em ultima analyse, elle é "o derradeiro arbitro, em todos os assumptos concernentes aos poderes distribuidos na Constituição, o juiz irrecorrivel de seus proprios direitos, assim como dos do Congresso e do executivo." [4] Mas essas propriedades não actuam mediante reacções

---

[1] Burgess: *Political Science*, vol. II, pag. 327.
[2] Hitchcock. Carson's *Supreme Court*, II, pag. 644.
[3] H. Davis: *American Constitutions*, pag. 45.
[4] L. Lowell: *Essays on govern.*, pag. 123.

contra o acção dos outros dois ramos constitucionaes. O methodo peculiar de sua missão é, deixem-me dizer, negativo : manifesta-se pela recusa de seu concurso aos actos desorganizadores da administração, ou da legislatura. E, como esse concurso é a sancção pratica das relações juridicas na vida social, a retracção dessa força basta, para desarmar os abusos, para annullar os excessos, para corrigir, por pressão indirecta, os desvios constitucionaes dos dois poderes activos. Que distancia entre esta funcção conciliadora e o caracter aggressivo, com que a desfigura aqui o ministerio publico, enxergando no exercicio della a revogação dos actos de um por outro poder ! Vejam agora : emquanto, aos olhos do nobre representante da justiça, essa faculdade judiciaria cresce e deforma-se como uma especie de anomalia teratologica no seio da ordem republicana, embryão desmesurado de conflictos renascentes,—um dos dois ou tres verdadeiros descobridores europeus no campo do constitucionalismo americano, BRYCE, o insigne observador politico, profundamente impressionado por essa cadeia de fórmas restrictivas, destinadas a fixarem a justiça em seu circulo natural, medindo-lhe a auctoridade no exame constitucional dos actos dos outros poderes, escreve : "As faculdades dos tribunaes federaes *são as mesmas que as de todos os outros tribunaes em paizes civilizados*, si é que

dessas não se differençam antes por inferioridade que por excesso, limitadas como se acham a certas classes de causas." [1]

E' que não é senão com estes tres meios universaes da justiça—a interpretação dos textos legislativos, a solução do conflicto entre as leis contradictorias, os litigios de direito privado—que os tribunaes americanos preservam o direito individual contra as tendencias invasivas do poder.

Bem singelas são, portanto, as condições, graças ás quaes se obtem essa maravilha politica, se regula e legitima o appello á justiça contra as inconstitucionalidades administrativas, ou legislativas. Condensando-as em sua essencia, poderemos reduzir as condições necessarias para a regularidade no exercicio da funcção judicial contra os actos inconstitucionaes do Congresso, ou do governo a estes requisitos elementares:

1. *Que o direito, cuja offensa se accusa, assente em disposição constitucional, si o acto impugnado é do poder legislativo, em disposição constitucional, ou legislativa, si o acto acoimado fôr da administração.*

---

[1] *American Commonwealth*, I, pag. 336: "The powers of the Federal courts are the same as those of all other courts in civilized countries, or rather they differ from those of other courts by defect and not by excess, being limited to certain classes of cases."

2. *Que a intervenção judicial seja provocada por interessado.*

3. *Que essa intervenção se determine por acção regular, segundo as fórmas technicas do processo.*

4. *Que a acção não tenha por objecto directamente o acto inconstitucional do poder legislativo, ou executivo, mas se refira á inconstitucionalidade delle apenas como fundamento, e não alvo, do libello.*

5. *Que a decisão se circumscreva ao caso em litigio, não decretando em these a nullificação do acto increpado, mas subtrahindo simplesmente á sua auctoridade a especie em questão.*

6. *Que o julgado não seja exequendo senão entre as partes, dependendo os casos analogos, emquanto o acto não fôr revogado pelo poder respectivo, de novas acções, processadas cada uma nos termos normaes.*

Regras todas estas consubstanciaveis numa só, que aqui deixarei lançada, como elemento concorrente com as premissas anteriormente fixadas para a minha deducção final:

A inapplicabilidade do acto inconstitucional do poder executivo, ou legislativo, decide-se, em relação a cada caso particular, por sentença proferida em acção adequada e executavel entre as partes.

IV

A EXCEPÇÃO DOS CASOS POLITICOS

Desde MARSHALL, no memoravel aresto em que se sagrou a jurisdicção dos tribunaes contra o exercicio inconstitucional das faculdades do governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no dominio desses poderes uma região impenetravel á auctoridade da justiça: a região *politica*.

Mas em que termos se deve entender o horizonte desta expressão? Adoptada em sua accepção ampla, ella abrangeria no seu raio a esphera inteira da soberania constitucional, baldaria absolutamente a competencia, que para o judiciario se reclama, de cohibir-lhes as incursões no terreno do direito individual, reduzindo esta competencia a nada. O poder executivo e o poder legislativo são orgams politicos do regimen; politica é sua origem, seu caracter, sua actividade; politicas todas as suas funcções. A se considerar, pois, a este aspecto a situação desses poderes, não haveria um só de seus actos, para o qual não se pudesse reivindicar immunidade á syndicancia dos tribunaes; e o ascendente pretendido por estes, como propugnaculo das garantias constitucionaes contra a usurpação do chefe do Estado,

ou das assembléas representativas, seria pura e simplesmente uma burla.

E' a consequencia extravagante, que POMEROY quiz prevenir, quando escreveu: "Fundamento não ha para a absurda noção, aventurada algumas vezes, de que, onde quer que o litigio tenda a um julgamento acerca da validade de um estatuto do Congresso, a materia é necessariamente politica." [1]

Claro está, pois, que, dentre assumptos politicos e assumptos politicos, mais ou menos propriamente taes, a restricção ha de abranger uma limitada classe de casos, e excluir a mais vasta categoria delles; porque aliás a tutella judicial ficaria sendo a excepção, quando é, pelo contrario, a regra: "Os americanos confiaram aos tribunaes de justiça o encargo (*the duty*) de resolver os pleitos, que envolvam debate sobre a limitação dos varios ramos do governo." [2] Qual o criterio descriminativo, por onde apurar, dentre os actos do Congresso e do governo, todos genericamente politicos, os estrictamente taes, para verificarmos quaes os que escapam á acção da justiça, quaes os que não podem esquival-a?

A linha directriz não me parece difficil de traçar. De um lado estão os grandes poderes do

---

[1] POMEROY: *An introduct. to the const. law of the Un. States*, pag. 624.

[2] L. LOWELL: *Essays*, pag. 103.

Estado, com as suas attribuições determinadas em textos formaes. Do outro, os direitos do individuo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as collisões possiveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse poder se apoia num direito prescripto, a opportunidade da intervenção judiciaria é incontestavel. O assumpto será então judicial. Quando não, será politico. Versa a questão sobre a existencia constitucional de uma faculdade, administrativa, ou legislativa? A solução, nessa hypothese, está indicada pela enumeração constitucional das faculdades consignadas a cada ramo do governo. A materia é judicial. Versa ella sobre a extensão desse poder relativamente aos direitos individuaes? O confronto entre a clausula, que confere o poder, e a clausula, que estabelece a garantia, determina, por intuição, ou interpretação, o pensamento constitucional. O assumpto ainda é judiciario. Versa, emfim, sobre a maneira de exercitar esse poder, sua conveniencia, sua opportunidade? Neste caso a questão é politica; porque seus elementos de apreciação pertencem *intrinsecamente* á funcção conferida, e a ingerencia de outro poder a annullaria *intrinsecamente.*

A questão pode ser politica (no sentido que nos interessa: no sentido estricto) por tres modos: pela natureza do assumpto, pela fórma que a controversia assumir, pelos termos em que a resolverem.

Se fosse licito levantar a questão de constitucionalidade *principal*, em vez de incidentemente, tractar o exame do acto inconstitucional como objecto *immediato* da causa, e intental-a solemnemente *como meio revogatorio* da lei, ou do decreto, que se censura, a questão, ainda que de sua indole o não fosse, viria a se tornar politica, pela sua fórma, pela sua direcção, pelo seu alcance. Politica; porque abriria combate entre os poderes da União, entregando a um a auctoridade soberana de cassação sobre os actos dos outros.

As condições, porém (ha pouco examinadas por mim), do processo estabelecido para determinar a legitimidade da ingerencia judicial nestes assumptos, despem-n'os da feição politica, imprimindo-lhes severamente o caracter das controversias de direito particular. "O tribunal liquida questões concernentes aos limites dos poderes politicos,pelo mesmo modo por que liquida outros pontos juridicos; isto é: resolve-as unicamente quando suscitadas no decurso de um litigio travado entre individuos, ou outras quaesquer pessoas,que demandem no caracter de partes em juizo.

Dest'arte extremou-se, quanto possivel, da politica a interpretação constitucional." [1] Esta face do constitucionalismo americano tem attrahido sempre a attenção dos observadores mais penetrantes. Com ella se occupou TOCQUEVILLE. [2] BRYCE não a esqueceu. [3] SUMNER MAINE, cuja auctoridade é primacial, dá-lhe o devido relevo nestas linhas: "A Constituição dos Estados Unidos impõe aos juizes um methodo essencialmente britannico de julgamento. Não se estabelecem, perante o tribunal, proposições geraes, a não serem as que naturalmente decorram dos factos em litigio. A fortuna da Suprema Côrte resulta, em boa parte, desta maneira de solver as questões de constitucionalidade e inconstitucionalidade. O processo é mais lento, mas extreme da suspeita de pressão, menos occasionado a despertar zelos do que succederia na hypothese de uma deliberação judicial acerca de amplas theses politicas. Esta hypothese é a que preoccupa o observador estrangeiro, ao contemplar o espectaculo de um tribunal de justiça decidindo allegações de violação da lei constitucional." [4]

Nos limites postos á faculdade judiciaria de pronunciar a respeito das infracções constitucionaes, escreve um profissional de valia considera-

[1] *Ibid.*
[2] *Démocratie en Amér.*, I, pag. 171.
[3] BRYCE, I, pag. 337.
[4] MAINE: *Popul. Govern.*, pags. 223-4.

vel [1], está precisamente o meio "de tornar essa faculdade prerogativa judicial, em vez de prerogativa politica. Elles resumem-se em que esta attribuição só se exerce em casos litigados; em que toda a sua força directa se circumscreve na fixação do direito dos litigantes; em que não se pode invocar, senão quando se suscite uma questão ajuizavel." [2]

Pelos mesmos motivos resvalaria para a degeneração politica o exame judicial dos actos inconstitucionaes da administração, ou da legislatura, si os julgados, que os resolvessem, pudessem atacar o decreto, ou a lei, na plenitude de sua these, concluindo pela annullação formal de suas disposições, ou pela suppressão directa dellas na generalidade dos seus effeitos. Nesse caso a justiça se transformaria numa instancia de cancellamento para as deliberações do Congresso, ou do executivo. Seria a absorpção de todos os poderes no judiciario, ou o conflicto organizado entre os tres. Insulando-se, porém, na especie demandada, a sentença evita rigorosamente a deturpação politica do papel dos tribunaes.

---

[1] HITCHCOCK: *Const. Hist. in the develop. of Amer. Law*, pag. 80.

[2] "The universal sense of America has decided that, in the last resort, the judiciary must decide upon the constitutionality of the acts and laws of the general and State governments, *so far as they are capable of being made the subject of judicial controversy.*"

STORY: *Comment.*, II, § 1576, pag. 395.

Quaes são agora as materias inevitavelmente politicas por sua natureza?

Tomemos a mão a MARSHALL:

Tu duca, tu signore e tu maestro.

Dizia elle, sentenceando no processo *Marbury v. Madison:*

"Pela Constituição dos Estados Unidos o presidente é investido em certos poderes politicos importantes, no exercicio dos quaes tem de usar de sua propria discreção, ficando responsavel exclusivamente para com seu paiz, no caracter politico, e para com sua consciencia. Em taes casos... a materia é politica; *porque respeita á nação, e não aos direitos individuaes* (*they respect the nation, not individual rights*): e, sendo confiados ao executivo, a deliberação deste é terminante." [1]

Em face destas premissas doutrina o grande *chief-justice* os secretarios de Estado não têm que dar contas, senão ao presidente, dos actos, em que a lei os obriga a se cingirem á vontade de seu chefe.

"Mas" (aqui se accentúa de novo a limitação) "quando a legislatura impõe a esse funccionario outros deveres; quando se lhe commette a execução de certos actos; quando da realização

[1] JOHN MARSHALL: *Writings upon the Federal Const.*, pags. 13-14.

destes pendem direitos individuaes, já o funccionario, nesta parte, é agente da lei, responde perante as leis por seu procedimento, e não pode ao seu arbitrio dispôr de direitos adquiridos. Onde, portanto, os chefes de administrações são instrumentos politicos e confidenciaes do poder executivo, instituidos apenas para cumprir as vontades do presidente, ou antes, para servir em assumptos, *nos quaes o executivo exerça discreção legal, ou constitucional* (*in cases in which the executive possess a constitutional or legal discretion*), perfeitamente obvio é que seus actos não são examinaveis senão politicamente. Mas onde a lei estatue especificadamente um dever, e *ha direitos individuaes*, dependentes da observancia deste, egualmente manifesto é que qualquer individuo, que se considere aggravado, tem o direito de recorrer, em procura de remedio, ás leis do paiz ". [1]

E, afinal, resumindo o seu pensamento numa fórmula magistral:

" *A esphera do tribunal é unicamente decidir acerca dos direitos individuaes*, não investigar de que modo o executivo (ou seus funccionarios) se desempenha de encargos *commettidos á sua discreção.* The province of the court is solely *to decide on the rights of individuals*, not to inquire

[1] *Ib.*, pag. 14.

how the executive, or executive officers, perform duties *in which they have a discretion*". [1]

Nestes tres lances resae varias vezes a noção de que os tribunaes só não podem conhecer da inconstitucionalidade, imputada aos actos do poder executivo, quando esses actos se abrangem na categoria daquelles, que são confiados á sua discreção, e não interessam garantias individuaes. Si entendem com essas garantias, e não se comprehendem na acção constitucionalmente discrecionaria do poder, esses actos constituem materia judicial. No caso contrario, são propriamente politicos.

Escuso advertir que o principio de caracterização adoptavel para discernir, nos actos do poder executivo, os reservados á esphera politica dos accessiveis ao exame judicial, cabe identicamente, para os mesmos fins, aos actos do poder legislativo. O mesmo criterio quadra indifferentemente aos de um e outro poder. E esse criterio resalta das palavras de MARSHALL tão bem definido, que auctores e magistrados, apoz elle, não têm feito senão explanar o pensamento do aresto de 1803.

"No caso *Marbury* v. *Madison*", dizia, ha tres annos, na celebração do centenario da Suprema Côrte Federal, um dos orgams mais illustres do fôro americano, "este tribunal definiu

[1] *Ib.*, pag. 17.

com extraordinaria força e lucidez as balisas da auctoridade respectivamente distribuida aos tres ramos do governo. Então se demonstrou que todo acto legislativo, repugnante á Constituição, deve ser desprezado pelos tribunaes como nullo; que os funccionarios administrativos podem ser compellidos pelo poder judiciario a cumprir os deveres, que lhe forem explicitamente impostos, e *não envolverem faculdade discrecionaria (and not involving official discretion)*; porquanto, disse o tribunal, o governo dos Estados Unidos é um governo de leis, não de arbitrio pessoal *(a government of laws and not of men)*, e a alçada judicial limita-se a decidir *sobre direitos individuaes*, não lhe competindo liquidar questões de seu natural politicas, intromettendo-se em assumptos encarregados pela Constituição, ou pelas leis, *ao criterio* (*to the discretion*) de outro poder." [1]

Noutro logar, HITCHCOCK doutrina que as questões, que "não tocam á provincia da justiça, são as *puramente politicas, isto é*, as que disposições da Constituição, ou de leis, confiam *á discreção administrativa, ou legislativa* (... questions purely political, or which are by the Constitution and laws committed to either the executive, or legislative discretion)". [2]

No livro de CARLIER sobre a Republica

---

[1] HAMPTON CARSON'S *Supreme Court*, II, pag. 634.
[2] *Constitution. Hist. in the developm. of Amer. Law*, pag. 80.

Americana ha, a este respeito, algumas paginas, que merecem consideradas.

"Como deixar sem limitação," diz elle, "o poder legislativo e o executivo ? Desse modo a Constituição mal ficaria com uma auctoridade moral, sem sancção legal de especie nenhuma ; pois desses poderes dependeria dobral-a aos seus caprichos, ou interesses. Por outro lado, que meio haveria de conciliar com esse estorvo a liberdade, que a cada um dos orgams do governo se deve deixar, para se desempenharem utilmente de sua missão? Estabeleceram-se, com o intuito de solver estes graves problemas, certas distincções entre os poderes pela Constituição conferidos. Uns são de ordem politica; a saber, *tem o caracter discrecionario. Os demais* (*e é o maior numero*) *interessam á vida civil, e devem* ser encarados, abstrahindo-se da auctoridade que os exerce." [1]

Varios são os exemplos, que o auctor adduz, para esclarecer estas distincções, "geralmente admittidas." O primeiro allude ao poder, conferido ao Congresso, de declarar a guerra, decretar e applicar os impostos, regular as relações commerciaes e internacionaes. "São assumptos de ordem politica superior. Não se comprehenderia que se instituisse um tribunal de revisão, para devassar as resoluções do Congresso, em taes

[1] *La Républ. Américaine*, tom. IV, pag. 124.

assumptos." Nas mesmas condições está a prerogativa, deixada ao presidente, de convocar e mobilizar a milicia. "O chefe do Estado é, e deve ser, o unico juiz da opportunidade, para entrar em campanha, e dirigir essas forças, como lhe pareça, sob sua responsabilidade pessoal. Neste caso a auctoridade do presidente ha-de ser forçosamente discrecionaria. " Poderiamos, com o publicista francez, multiplicar a exemplificação " dos poderes de ordem *politica e discrecionaria*, que não admittem syndicancia judicial." [1]

HARE, no seu precioso curso de Constituição americana, examina uma serie de hypotheses, assignaladas todas pelo mesmo cunho: poderes de ordem essencialmente discrecionaria, taes como o do presidente em optar e intervir, com as forças da União, entre dois governos coexistentes e rivaes no mesmo Estado, ou o do Congresso em condemnar o governo de um Estado como não republicano, sob a faculdade, que, em termos indefinidos, lhe outorga o art. IV do pacto federal. [2]

Toda a gente percebe que subordinar attribuições desta ordem á instancia revisora dos tribunaes seria grosseiro contrasenso e rematada confusão. E' irregular, ou desastrosa a declaração de guerra? intempestiva, ou perigosa a mobili-

[1] *Ib.*, pags. 125-7.
[2] HARE: *Amer. Constit. Law*, I, pags. 124-35,

zação da milicia? desegual, ou oppressiva a fixação dos tributos? parcial, ou inepta a ingerencia federal nas luctas intestinas dos Estados? São questões de natureza opinativa, que se resolvem, não de accôrdo com regras preestabelecidas e formaes, mas segundo o criterio da observação, da previdencia, da utilidade. [1] São, portanto, questões de governo. Incumbem á esphera do administrador, do estadista. A justiça, porém, gyra unicamente no circulo das relações, acerca das quaes o dever e o direito se determinam pela vontade positiva da lei.

Supponhamos agora que, a pretexto de operações de guerra, o poder executivo confiscasse a propriedade particular, negando aos proprietarios o direito de indemnização. Admittamos que, a titulo de levantar a milicia, impuzesse, contra as leis, a obrigação do serviço militar, abrisse o recrutamento forçado, ou constrangesse ao imposto de sangue cidadãos isentos por escusa legal. Figuremos que, no uso da prerogativa tributaria, o Congresso creasse alfandegas entre os Estados, gravando o commercio interior com impostos de fronteira entre as provincias da União. Imaginemos que, sob a côr de reconstrucção politica de um Estado, entregue á violencia das facções, o poder legislativo suspendesse, para os habitantes

[1] Cooley, n. a Storv, I, § 375, pag. 276.

delle, o codigo civil. Pergunto: em qualquer destas hypotheses, não será evidente o direito dos tribunaes a intervirem, o seu dever de fazel-o, ainda que qualquer dessas illegalidades, dessas inconstitucionalidades se procurasse cohonestar com o verniz dos poderes discrecionarios, em cujo nome a administração, ou a legislatura as perpetrou? O caracter discrecionario de uma funcção não legitima senão os actos dictados pela natureza de seus fins. A discreção legal no uso de uma attribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ella competencias, que ella naturalmente não abrange. E, si um poder, senhor de uma prerogativa discrecionaria, a estende a dominios, que a lei manifestamente reservou a outros poderes, ou vedou sob a invocação de outros direitos, os tribunaes não invadirão o terreno da funcção privilegiada, se interpuzerem a mediação legal do seu juizo, para obstar a que ella transborde os limites de seu objecto.

O arbitrio, administrativo, ou legislativo, onde a Constituição o auctoriza, o arbitrio de cada funcção politica no circulo de si mesma, tem sempre o seu termo nos direitos individuaes, ou collectivos, que a propria Constituição garante. "A materia de um pleito é politica e alheia ao dominio da justiça", diz POMEROY, "tão sómente quando envolve a existencia *de jure* de um governo, ou a legalidade de medidas *puramente*

governativas (purely governmental)." [1] Mas, si o acto não prende exclusivamente com interesses politicos, si, de envolta com estes, ha direitos individuaes, de existencia constitucional, que elle atropella, a jurisdicção dos tribunaes então é innegavel; porque ella, de seu natural, abrange todo o campo das questões, onde se acharem "fundamentalmente interessados o direito e a propriedade particulares." [2] Esta distincção, respeitando a circumferencia privativa a cada poder nas extremas de sua discreção legal, não permitte que essa circumferencia alongue arbitrariamente o seu diametro, ou se multiplique em pretensões excentricas ao seu objecto.

MARSHALL, na opinião dos jurisconsultos americanos [3], deixou traçada indelevelmente a linha divisoria entre as duas idéas, quando, em 1804, sentenceou que o capitão de um navio de guerra, accionado pela apprehensão illegitima de bens particulares, era sujeito a perdas e damnos pelo attentado, *comquanto houvesse procedido sob as instrucções directas do presidente.* Está nas attribuições do poder executivo armar vasos de guerra; está em sua competencia commissional-os á policia dos mares territoriaes, reprimindo, por

---

[1] *An Introduct. to the Const. Law*, § 746, pag, 624 n.
[2] BURGESS: *Op. cit.*, vol. II, pag. 362,
[3] *Const. Hist. of the Un. States in the develop. of Americ. Law*, pag. 80.

meio delles, quando convenha, as infracções maritimas contra interesses e leis da União. Mas, si sobcôr de exercer nos limites de sua discreção natural essa auctoridade, o poder executivo conculcar direitos individuaes, a funcção discrecionaria não pode cobrir usurpações, que a pretexto della se ousarem.

E' que o principio de direito commum, muitas vezes secular entre os anglo-saxonios e transmittido pela jurisprudencia ingleza á americana, não permitte que haja aggravo ao direito particular, sem a correlativa reparação legal. Toda injustiça tem seu remedio juridico. *Where there is a wrong, there is a remedy.* [1] " O principio é que, em soffrendo aggravo uma pessoa, ou uma entidade collectiva, o caso dá logar a acção judicial, e ha sempre reparo na lei." [2]

Nem é sómente no regimen americano que se reconhece aos tribunaes a auctoridade de examinar actos de outro poder, e negar-lhes applicação, quando violem a lei, em prejuizo de direitos individuaes. Esta regra é da propria natureza das constituições, onde esse direito se resguardar sob garantias efficazes. A Constituição belga, por exemplo, determina (art. 92) que "as contestações, que tiverem por objecto direitos civis, são exclu-

[1] FISCHEL: *Constit. d'Angleterre* (trad. VOGEL, Par., 1864) vol. I, pag. 344. — BERTOLINI: *Delle garanzie della legalità* (Roma, 1890), pag. 90.

[2] DE CHAMBRUN: *Droits et libertés aux États Unis* (1891), pag. 277.

sivamente da alçada dos tribunaes." A mesma disposição contém-se no art. 93, em relação aos direitos politicos, "salvo", quanto a estes, "as excepções estabelecidas em lei." Ora, pelo art. 67 da Constituição belga, o rei "expede os regulamentos e decretos necessarios para a execução das leis." Comquanto, nesse texto mesmo, se prohiba ao chefe do Estado suspender as leis, ou dispensar na execução dellas, não se pode negar a somma evidente de arbitrio, que se encerra nessa faculdade de regulamentar os actos legislativos, e prover aos meios de sua effectuação. *Quid*, pois, si occorrer contestação quanto a um decreto, ou regulamento, expedido pela corôa, que se accuse de molestar direitos individuaes? A faculdade de regular as leis é uma faculdade *politica*. Mas demos que, no exercicio dessa faculdade, o poder executivo, intencional, ou inadvertidamente, adopte providencias, que desrespeitem garantias individuaes. Si os offendidos provocarem a acção da justiça, a natureza *politica* da attribuição, em cujo nome se praticou o acto aggravativo, tolhe acaso aos tribunaes o exame da questão? Não, responde a Constituição belga (art. 107): "As côrtes e os tribunaes não applicarão os decretos e regulamentos geraes, provinciaes e locaes, *senão emquanto conformes ás leis.*"

Todo direito, portanto, assegurado num texto de lei, seja ella fundamental, ou ordinaria, gosa

da protecção dos tribunaes contra o arbitrio do poder executivo, ainda quando este se verifique no exercicio apparente da discreção essencial á efficacia de suas prerogativas. "Não pode haver a menor duvida em que", diz um sabio magistrado belga [1], "o direito de assegurar a execução das leis por meio de ordenações emanadas quer directamente do rei, quer dos agentes do poder executivo, comprehende tambem o de estatuir acerca das difficuldades e contestações, que se depararem na applicação desses actos. Ha, entretanto, uma especie de questões, que, em razão de sua importancia, foram retiradas á competencia da administração. A acção administrativa não tem, nem póde ter outro objecto, que não seja o interesse collectivo da sociedade: *não póde tocar nos direitos individuaes*, que a lei affiança aos cidadãos; e precisamente porque na inviolabilidade dos direitos individuaes consiste a primeira condição de toda ordem social, o legislador *confiou a manutenção desses direitos ao amparo do poder judiciario*". Esta doutrina é corrente na jurisprudencia e na administração belgas. "O art. 107", escreve THONISSEN [2], "poz termo aos debates, que se tinham suscitado sobre a questão de saber si os tribunaes podiam, em certos casos, deixar de applicar decisões do

[1] DE CUYPER. Cit. por THONISSEN, nº 384, pag. 267.
[2] *Op. cit.*, pag. 330, n. 503.

poder executivo. Dando solução affirmativa a este grave problema juridico, a Constituição restituiu ao poder judiciario todas as suas prerogativas e toda a sua independencia." De modo que, si os tribunaes não podem abster se de sanccionar as deliberações da administração, "quando esta não transpoz o circulo de suas attribuições constitucionaes", o mais estricto dever obriga-os a procederem oppostamente, a recusarem effectividade a esses actos, "si forem illegaes, e ferirem direitos civis, ou politicos, das partes". [1]

Nem entendem os tribunaes belgas que, procedendo segundo esta regra, se adeantem pela esphera politica, estabelecendo confusão entre os poderes. Pelo contrario, a côrte de appellação de Bruxellas [2], invocando-a altamente como sua norma de acção, declarou que "os tribunaes, quando recusam applicar decretos illegaes, dão cópia de docilidade á lei, seu guia absoluto, mantendo-se assim nos limites de suas attribuições". E tão imperioso lhes parece o dever dessa intervenção que, nos casos duvidosos, manda a jurisprudencia, entre elles, opinar pela competencia da justiça. "Si o juiz se achar em presença de duvida séria, cumpre que se pronuncie pela competencia dos tribunaes". [3]

---

[1] *Ib.*, pag. 331, ns. 505 e 506,

[2] Accordam de 26 de abril de 1834. THONISSEN, pag. 333, n. 508.

[3] THONISSEN, pag. 268, n. 385.

Destes elementos podemos bem extrahir conclusões positivas.

Actos *politicos* do Congresso, ou do executivo, na accepção em que esse qualificativo traduz excepção á competencia da justiça, consideram-se aquelles, a respeito dos quaes a lei confiou a materia á discreção prudencial do poder, *e o exercicio della não lesa direitos constitucionaes do individuo.*

Em prejuizo destes o direito constitucional não permitte arbitrio a nenhum dos poderes.

Si o acto não é daquelles, que a Constituição deixou á discrecção da auctoridade, ou si, *ainda que o seja*, contravém ás garantias individuaes, o caracter politico da funcção não esbulha do recurso reparador as pessoas aggravadas.

Necessario é, em terceiro logar, que o facto, contra que se reclama, caiba realmente na funcção, sob cuja auctoridade se acoberta; porque esta pode ser apenas um sophisma, para dissimular o uso de poderes differentes e prohibidos.

Numa palavra :

A violação de garantias individuaes, perpetrada á sombra de funcções politicas, não é immune á acção dos tribunaes.

A estes compete sempre verificar si a attribuição politica, invocada pelo excepcionante, abrange em seus limites a faculdade exercida.

As demissões e as reformas

I

DEMISSÕES DE EMPREGADOS VITALICIOS

Dos membros do magisterio superior, o dr. Arthur Fernandes Campos da Paz, lente cathedratico da 1ª secção na Faculdade de Medicina desta cidade, e o dr. José Joaquim Seabra, lente cathedratico da 2ª cadeira da 2ª serie no curso de sciencias sociaes da Faculdade de diteito de Pernambuco, foram violentamente arrebatados aos seus logares pelo decreto de 12 de abril de 1892.

Sob o Imperio, o principio da vitaliciedade, nos cargos a que ella inhere, não tinha garantia constitucional. A materia era então puramente legislativa.

Tambem não continha disposição a tal respeito o projecto de Constituição republicana promulgado pelo Governo Provisorio em 22 de junho de 1890 (decr. n. 510), nem disto se cogitou nas alterações, a que esse mesmo governo sujeitou mais tarde o seu primeiro trabalho.

A Constituinte de 1890, porém, entendeu que a materia merecia resguardo na lei fundamental contra a volubilidade das maiorias repre-

sentativas, e engastou cuidadosamente na Constituição de 24 de fevereiro, art. 74, esta clausula absoluta:

> " As patentes, os postos e os cargos inamoviveis são garantidos *em toda a sua plenitude.*"

Inamovivel, ensinam os lexicologos, é o funccionario indemissivel arbitrariamente, ou o cargo, de que não ha exoneração, a não ser nos casos excepcionaes de indignidade previstos em lei. Na accepção legal, a palavra é synonimo de *vitalicio*, pois que a vitaliciedade, nas funcções publicas, tem restricções inevitaveis nas hypotheses, legalmente prefixas, de inhabilitação penal.

Nas funcções cathedraticas das nossas Faculdades a inamovibilidade, ou vitaliciedade é tradicional. As leis vigentes ao tempo da revolução positivamente consagravam esse principio.

Leis posteriores, porém, vieram ainda ratifical-o.

A respeito das Faculdades de Direito, o decr. n. 1232 *H*, de 2 de janeiro de 1892, art. 55, prescreve:

"Os lentes cathedraticos e substitutos *são vitalicios* desde a data da posse."

Em relação ás Faculdades de Medicina, dispõe o decr. n. 1270, de 10 de janeiro de 1891, art. 41:

"O membro do magisterio *é vitalicio.*"

Ambas essas provisões legislativas são anteriores, como se vê, aos actos dictatorios de abril do anno passado.

Nesses mesmos textos se consigna a limitação admittida ao privilegio da vitaliciedade.

Assim (quanto ás Faculdades medicas) o art. 41 do decr. de 10 de janeiro de 1891, em seguida ás palavras supratranscriptas, accrescenta:

" Perderá, porém, o cargo, *si fôr condemnado por crime infamante.*"

Mas crimes *infamantes*, não os ha hoje em nossa legislação, nem sequer os havia na data do regulamento de 10 de janeiro; porquanto o Codigo Penal, que é de 11 de outubro de 1890 (decr. n. 847), diz, no art. 44:

" *Não ha penas infamantes.*"

A disposição do art. 41, portanto, no decreto de 10 de janeiro, constitue uma excrescencia inutil, inadvertidamente deixada no texto. Quanto á lei organica das Faculdades de Medicina, portanto, os seus professores são *absolutamente* inamoviveis. Não ha caso de perda para a sua vitaliciedade.

A esta classe de funccionarios, porém, como a todos os demais empregados vitalicios, se

estende a prescripção do Cod. Penal, art. 55, que resa :

> " O condemnado á pena de prisão cellular, maior de seis annos, incorre por tal facto em interdicção, cujos effeitos são :
>
> " b) perda de todo officio electivo, temporario, ou *vitalicio*, emprego publico da Nação, ou dos Estados, e das respectivas vantagens e vencimentos."

Para um lente dos nossos cursos juridicos esta é, por conseguinte, a unica hypothese de privação da vitaliciedade.

Incorreria nessa hypothese o lente de medicina, destituido por decreto de 12 de abril ?

Para isso era mister que, processado e convencido, fosse *condemnado* ao castigo de prisão cellular maior de seis annos.

Segundo o texto do art. 55, realmente, " o *condemnado* á pena... incorre *por tal facto* em interdicção, *cujos effeitos* são... a perda do emprego publico..." Ha aqui tres tempos successivos : primeiro, a *condemnação ;* segundo, *pelo facto* da condemnação, a *interdicção ;* terceiro, *como effeito* da interdicção, a *demissão.* A condemnação gera a interdicção ; a interdicção determina a exonera-

ção. Esta é, pois, o ultimo dos tres estados juridicos, que assim se encadeiam, e dos quaes o primeiro, causa dos outros dois, é *a sentença condemnatoria.*

Ora, não consta, creio, que nenhum dos fulminados pela dictadura de abril soffresse processo, quanto mais que fosse condemnado, e, de mais a mais, a prisão cellular. Cuido que não serei obrigado a fazer a demonstração desta realidade notoria, posto que evidencias equivalentes a esta na ordem moral tenham sido, e continuem a ser, intrepidamente contestadas pela reacção official contra os meus clientes.

Demos, comtudo (por absurdo), que para a extincção da vitaliciedade não se haja mister sentença, e baste, sem a menor fórma, ensaio, ou começo de processo, a simples imputação de um delicto sujeito áquella penalidade.

Ainda sob esta interpretação o lente de medicina demittido era indemissivel.

Com effeito, os crimes attribuidos pelos decretos de 10 e 12 de abril aos cidadãos exonerados e reformados são os de sedição e conspiração.

Mas ao crime de sedição a pena comminada é de tres mezes a um anno, ou, si o fim criminoso fôr conseguido, de *um a quatro annos* de prisão cellular. (Cod. Pen., art. 118.) E, para o crime de conspiração, não ha, sequer, pena de prisão

cellular: ha a de reclusão, e esta nunca por mais de seis annos. (Cod. Pen., art. 115.)

O lente de medicina destituido (o dr. Campos da Paz) não decahiu, pois, legalmente da vitaliciedade; roubaram-lh'a pelo mais arbitrario dos arbitrios.

Quanto ao lente de direito, exonerado a 12 de abril (o dr. José Joaquim Seabra), a situação é rigorosamente a mesma.

Realmente, o suprainvocado art. 55, do decr. 1232 *H*, de 2 de janeiro de 1892, immediatamente após a declaração de que "os lentes cathedraticos e substitutos *são vitalicios* desde a data da posse", estatue:

> "....e não poderão perder os seus logares *senão na fórma das leis penaes*".

Ora, nas leis penaes, o que a tal proposito existe unicamente, é o disposto no art. 55, pouco ha trasladado por nós, do Codigo Penal, que impõe a privação do cargo vitalicio aos condemnados á prisão cellular *excedente de seis annos*.

Mas nem a penalidade comminada ás transgressões, de que o querem arguir, chega sequer aos seis annos de prisão cellular, nem essa mesma increpação criminosa se verificou judicialmente contra alguns dos meus honrados constituintes, os quaes não soffreram outro *processo* mais que o

dos transes do desterro. Não viram tribunal, senão o de Itamaraty. E, quando tivessem tido a honra, que o seu direito lhes assegurava, de comparecerem á presença de magistrados, onde se desaggravassem, o libello de conspiradores e sediciosos não lhes podia (já o vimos) consignar pena, que importasse a caducidade dos seus cargos.

A infracção constitucional, portanto, é completa, decidida, radical. Dois funccionarios federaes *vitalicios*, na plenitude perfeita de seu jus á vitaliciedade, foram esbulhados da funcção inamovivel por acto da vontade pessoal do chefe do Estado.

Assim:

A destituição dos dois lentes exonerados em 12 de abril de 1892 ataca directamente a Constituição e as leis federaes.

II

REFORMAS DE MILITARES

Por decreto de 7 de abril de 1892 tiveram reforma forçada:

O vice-almirante Eduardo Wandenkolk;

Os contra-almirantes José Marques Guimarães e Dionysio Manhães Barreto;

O marechal José de Almeida Barreto;

Os generaes de divisão Candido Costa, Antonio Maria Coelho e José Clarindo de Queiroz;

Os generaes de brigada José de Cerqueira Aguiar Lima e João Nepomuceno de Medeiros Mallet;

O general de brigada João Luiz de Andrade Vasconcellos;

O general de brigada dr. João Severiano da Fonseca.

Por decreto de 12 do mesmo mez foram tambem forçadamente reformados:

Na armada nacional

Capitães-tenentes: Duarte Huet de Bacellar Pinto Guedes, José Gonçalves Leite e João Nepomuceno Baptista.

Primeiros tenentes: João da Silva Retumba, Bento José Manso Sayão e José Libanio Lamenha Lins de Souza.

No exercito

Corpo de engenheiros: Tenente-coronel do quadro extranumerario Gregorio Thaumaturgo de Azevedo.

Corpo de estado-maior de 1ª classe: Coronel do quadro extranumerario João Soares Neiva, capitão Felisberto Piá de Andrade.

Repartição sanitaria: Tenente-coronel, medico de 2ª classe, dr. Antonio Pinheiro Guedes.

Arma de artilharia: 2º tenente do quadro extranumerario Domingos Jesuino de Albuquerque.

Arma de cavallaria: Major-fiscal Sebastião Bandeira, capitão Gentil Eloy de Figueiredo, tenente coronel commandante Antonio Adolpho da Fontoura Menna Barreto, capitão Modestino Roquette.

Arma de infantaria: Coronel aggregado Antonio Carlos da Silva Piragibe, alferes Alfredo Martins Pereira, alferes Carlos Jansen Junior, capitão Manoel Raymundo de Souza.

Consideremos cada um desses dois actos á luz do pretexto legal, com que buscaram coral-os.

A Constituição, como já verificámos, no art. 74, assevera que "as patentes e os postos são garantidos *em toda a sua plenitude.*"

Ora, a patente e o posto decompõem-se em dois elementos: o titulo, que sobrevive á reforma, e a effectividade, que com ella cessa. Assegurar, portanto, as patentes e os postos " em *toda a sua* plenitude" é assegural-os em seus dois elementos: contra a privação da effectividade, tanto como contra a privação do titulo; contra a reforma, tanto quanto contra a destituição. Isto é: a estabilidade dos postos e patentes, a integridade das patentes e dos postos são inviolaveis, deante da Constituição, na fórma das leis em vigor.

A reforma, em summa, imposta ao official,

em casos que não os taxados nas leis militares, fere a Constituição.

Vejamos si a nossa legislação, pois, apoia as reformas de 7 e 12 de abril.

§ 1º REFORMAS DE 7 DE ABRIL

O acto extravagante de 7 de abril não invoca em sua defesa nem uma só disposição legislativa. Não precisariamos de mais, para *a priori* deprehender que nenhuma disposição legislativa o suffraga. A dictadura, sempre que pode, não desdenha de usar a sua folha de vinha.

A mensagem que o precede, em linguagem esfumada e rubra como as chagas de arma de fogo, allude á lei, de que protesta "jamais se afastará." Mas não nos deixa lobrigar, nem por um cano de fusil, o esconderijo, onde, nos textos, foi buscar as severidades, com que cahiu sobre os signatarios do manifesto de 31 de março. Nesse documento, diz a mensagem presidencial, onde parece ouvir-se o rangir das botas e o tinir das esporas do general escrevendo sobre o dorso de um canhão, nesse documento "todos elles" (os treze generaes) "revelam um inconveniente espirito *de indisciplina*, procurando plantar *a anarchia* no momento critico da reorganização da patria e da consolidação das Constituições republicanas." Essas imputações de espirito de anarchia e indisciplina são a unica

réstea de luz na obscuridade deste quadro de barraca. Ellas projectam o seu clarão surdo sobre a culpa indistincta dos condemnados. Esses homens "animavam *a desordem* no paiz" com a publicação do truculento manifesto onde reverentemente supplicavam ao chefe do Estado a convocação dos comicios populares para a eleição do presidente da Republica na fórma do preceito constitucional.

Deante dessas referencias, unicos indicios, bem mortiços, de que o pensamento da lei passou por aquelle acto da força, o crime dos generaes castigados com a reforma de 7 de abril não poderia ser senão o que se capitula nas disposições do reg. de 8 de março de 1875, art. 1º, § 3º, onde se prevêem "as acções offensivas *do socego e da ordem publica*", praticadas por militares. Essas acções vêm definidas no art. 5º assim :

"§ 1º Auctorizar, promover, ou assignar petições collectivas entre militares.

"§ 8º Publicar qualquer representação, que tenha feito contra seu superior, sem permissão da auctoridade, a quem a mesma petição fôr dirigida.

"§ 9º Usar do direito de representação em termos não comedidos, ou, em vez de recorrer a esse meio legal, censurar o seu superior por quaesquer escriptos, ou impressos."

Mas contra essas transgressões *disciplinares*

a repressão estabelecida é indubitavelmente a que se prescreve nesse mesmo regulamento militar :

" Art. 7º São castigos disciplinares para os officiaes de patente e cadetes :

" 1º Admoestação ;

" 2º Reprehensão ;

" 3º Detenção ;

" 4º Prisão.

" Art. 8º A admoestação e a reprehensão podem ser applicadas : 1º verbalmente ; 2º por escripto.

" Art. 9º A admoestação e a reprehensão verbaes serão : 1º particularmente ; 2º no circulo de officiaes de patente superior á do culpado ; 3º no circulo de todos os officiaes, ou de todos os cadetes, tractando-se de alguem desta classe."

Legalmente, pois, não poderiam os auctores do manifesto incorrer em punição superior a estas : admoestação, reprehensão, detenção, ou prisão. Trocal-as pela reforma era ludibriar com escandalo a disposição constitucional do art. 74, que faz guarda ao direito das patentes.

§ 2º REFORMAS DE 12 DE ABRIL

Em justificação do seu desabrimento, affirmava o decreto de 12 de abril, no seu considerando final, que os officiaes, cuja reforma ordenou, "attentaram contra a ordem, envolvendo-se em crime de conspiração e sedição."

Deste modo o presidente dos Estados Unidos do Brasil accusa, processa, e condemna, em um só acto, no tribunal augusto e imperscrutavel de sua alma. Em duas linhas revoga toda a legislação civil e militar em materia penal. Senão, digam-me perante que instancia, militar, ou civil, responderam os meus constituintes? O mesmo pregão official, que nos deu a primeira noticia de seu crime, trouxe-nos a certeza de sua condemnação. E essa condemnação fulminou-os exactamente no direito de suas patentes, de seus postos, a que a Constituição consagrou clausula especial e peremptoria de garantia.

Sob a legislação do imperio, cuja Constituição (art. 149) não permittia privação de patentes, no exercito e armada, "senão por sentença proferida em juizo competente", as leis concernentes á reforma de officiaes, leis que o governo, sob a monarchia, *nunca* infringiu, em cincoenta annos, limitavam-n'a rigorosamente aos casos de:

a) Incapacidade physica, averiguada, em duas inspecções de saúde, por junta idonea, no decurso de um anno, em cujo periodo o official se conservava aggregado á arma;

b) Mau procedimento *habitual*, verificados os seus elementos constitutivos, segundo o codigo penal militar, em conselho de inquirição, composto de tres officiaes de patente egual, pelo

menos, á do accusado, mediante prévia consulta do Conselho Supremo Militar de Justiça;

c) Condemnação á prisão por mais de dois annos.

E, em relação ao peticionario, nenhuma dessas hypotheses occorreu.

Sob o novo regimen, a reforma não se permitte senão :

a) Por effeito da edade, voluntaria, ou compulsoriamente, de accôrdo com o decr. n. 108 *A*, de 30 de dezembro de 1889, art. 5º ;

b) Em virtude de inaptidão physica, reconhecida nos termos das leis anteriores ;

c) Por mau comportamento *habitual*, conforme o disposto no decr. n. 260, do 1º de dezembro de 1841.

E' o que terminantemente prescreve o decreto legislativo promulgado pelo Governo Provisorio em 30 de dezembro de 1889, art. 3º, ultima parte, dizendo :

" *Reforma* é a situação,a que chega o official dispensado de todo o serviço,ou por incapacidade physica, ou por ter attingido a edade limite, de que trata o art. 5º, ou finalmente por mau comportamento habitual, *provado em conselho*, como dispõe o art. 2º, § 3º, da lei n. 260, de 1 de dezembro de 1841."

Mas, não tendo os meus constituintes incorrido no caso de incapacidade physica ;

Não tendo attingido tambem "a edade limite" (decr. n. 101 *A*, de 30 de dezembro de 1889, art. 5º) ;

Só se lhes poderia applicar a reforma na hypothese de "mau comportamento habitual" (Cit. decr., art. 3º, *in fine*.)

A idéa de *habitualidade* envolve a de frequencia, costume, inveteração na pratica de acções da mesma natureza. A incidencia momentanea, ou passageira, em um delicto não pode racionalmente classificar-se como delinquencia habitual. O acto culposo, de que se argúem os reformados em 12 de abril, consiste nas suas *suppostas* relações com uma conjuração *tambem supposta*; —supposta esta, como aquellas; porque, até hoje, nem começo de prova se descobriu contra os increpados. Onde, pois, "o mau comportamento *habitual*" ?

Mas, em summa, não é este o tribunal, para lhes julgar o procedimento. Ainda menos o era, porém, o que o julgou em 12 de abril: a razão individual, o arbitrio intimo do chefe do Estado. Admitto que houvesse mau comportamento, e habitual. Nesse caso, porém, era mister instituir a jurisdicção capaz, segundo a lei, de reconhecel-o, e punil-o. Perante o decreto de 30 de dezembro de 1889, essa culpabilidade só auctoriza

a reforma, sendo "*provada em conselho*, como dispõe o art. 2º, § 3º, da lei n. 260, de 1 de dezembro de 1841." E os termos, em que se enuncia a lei de 1º de dezembro, art. 1º, são estes:

"O governo poderá reformar qualquer general por motivo de mau comportamento habitual, *ouvida primeiramente a opinião de um conselho de inquirição, composto de tres officiaes de patente egual, ou superior, e precedendo consulta do Conselho Supremo Militar.*"

Mas não houve audiencia do Conselho Supremo Militar;

Não houve exame do caso em conselho de inquirição;

Não houve, sequer, nomeação deste.

Ergò, não podia haver deliberação do governo, infligindo a reforma.

Decretadas, por consequencia, com preterição palmar das leis militares, que regem o assumpto,

As reformas de 12 *de abril, tanto quanto as de* 7, *conculcam o art.* 74 *da lei fundamental.*

§ 3º CONCLUSÕES COMMUNS AOS DOIS CASOS

Transgredindo a Constituição no art. 74, que defende as patentes e os postos militares contra o arbitrio do poder, o governo *ipso facto*

violou ainda a lei fundamental, no art. 48, ns. 4 e 5:

"Administrar o exercito e a armada *conforme as leis militares:*

"Prover os cargos militares *salvas as restricções expressas na Constituição.*"

Outrosim, a Constituição, art. 77, determina:

" Os militares de terra e mar terão fôro especial nos delictos militares.

" Este fôro compor-se-ha de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalicios, e dos conselhos necessarios para a formação da culpa e julgamento dos crimes."

O decreto de 12 de abril trocou, pois, o fôro militar, com os seus elementos de justiça, no tenebroso regimen do *ex informata conscientia*, personificado no chefe do governo.

Portanto :

As reformas de 7 e 12 de abril contrariam materialmente a Constituição, arts. 74, 77 *e* 48 *ns.* 4 *e* 5.

As excusas da inconstitucionalidade

Si os actos de 7 e 12 de abril (argumenta a defeza da dictadura) não quadram ás attribuições do poder executivo, a legitimidade delles, comtudo, não é menos certa ; porquanto o governo dispunha, num e noutro caso, de poderes extraordinarios, em virtude dos quaes lhe era licito sahir discrecionariamente da Constituição.

Graças a tão estupendo invento, aleijão de uma idéa que encontraram á superficie dos livros acerca do regimen americano, e adulteraram por um processo analogo ao do fabrico dos monstros artificiaes, — essas faculdades extraordinarias (por outra: essas faculdades inconstitucionaes) formam, no meio da Constituição, um presidio vedado a ella mesma, onde não tem ingresso a lei, onde os tribunaes hão-de cruzar braços ante o sacrificio dos mais altos direitos individuaes.

De onde nasce, porém, esse poder heteróclito ?

Para o decreto de 7 de abril, de uma moção *parlamentar*.

Para o de 12, da declaração do estado de sitio.

Estudemos estas duas originalidades.

I

A MOÇÃO E O DECRETO DE 7 DE ABRIL

Um jurisconsulto, da especie rara daquelles que personificam a jurisprudencia na mais alta accepção da palavra " rerum divinarum et humanarum notitia " [1], RUDOLF VON JHERING escreveu algures: " O espirito da verdadeira liberdade não é captivo a nenhuma fórma de governo: muitas vezes tem desertado a republica, para ir aninhar-se em monarchias absolutas." [2] Porque não confessal-o? E' a impressão, que se apodera dos espiritos liberaes, ao verem preconizadas em nome da legalidade republicana theorias, como a do ministerio publico, que fazem do direito constitucional joguete das maiorias politicas. Que doutrinas taes se vociferassem na tribuna tempestuosa das camaras não me espantaria; porque aqui, como em França, bem se poderia dizer que "em cada um dos nossos deputados ha sempre um membro da Convenção prestes a despertar. " Mas que, rejeitadas, como foram, da tribuna politica, venham reconstruir-se perante a justiça, em nome della, é, assombro,

---

[1] ALPH RIVIER. Na *Juridical Review*, jan, 1893, pag, 8

[2] *Espirito do Direito Romano*, vol. II, t, II, c, 3.

confrangimento e desanimo para os bons cidadãos, para os republicanos esclarecidos.

Os fundadores da Constituição americana, em cujos sentimentos se embeberam os auctores da Constituição brasileira, envidaram todos os recursos, para estabelecer nesse instrumento de limitação de poderes um anteparo serio, não contra o executivo sómente, mas, e talvez mais, contra as assembléas. Nos governos onde um monarcha hereditario reune em suas mãos um conjuncto de prerogativas poderosas, desse lado é que está o perigo para a liberdade. Nas democracias, porém, ha mais de um seculo foi demonstrado por MADISON [1] que " é contra a arrojada ambição dos corpos representativos que o povo deve observar a maior desconfiança, e esgotar absolutamente as precauções. " A mais grave das contingencias, nesse regimen, e a mais provavel, "está nas usurpações da legislatura,que,conglobando todo o poder nas mesmas mãos, seria origem de uma tyrannia semelhante á das usurpações administrativas", mas ainda mais formidavel do que a destas. JEFFERSON [2], o proprio JEFFERSON, o mais saturado, entre todos os americanos, no contagio das influencias da revolução franceza, JEFFERSON

[1] *The Federalist* (fev. 1, 1788), nº XLVIII.

[2] *Notes on the State of Virginia*, pag. 195. Cit. por MADISON, *Federalist*, XLVIII, (ed. de 1888), pag. 311.

mesmo clamava contra essa ameaça: "Não foi por um *despotismo electivo* que nós pelejámos, mas por um governo, que, fundando-se nos principios liberaes, tivesse os poderes publicos de tal arte repartidos e contrabalançados entre os varios corpos do Estado, que nenhum conseguisse transcender os confins legaes, sem ser incontinenti detido e contido pelos outros."

Tal a preoccupação daquellas gerações, que levantaram á liberdade civil esta esplendida construcção popular, "o mais notavel monumento de sabedoria politica que a historia conhece" [1], "a maior maravilha creada de uma vez pelo cerebro e pela deliberação do homem." [2] "Vivia o povo na mais sincera convicção de que" (escreve o grande historiador da Constituição americana), "fossem quaes fossem os poderes conferidos ao Congresso, era mister que o maior empenho de todos os patriotas e amigos da liberdade consistisse em ter olhos desvelados no exercicio delles, e tocar a rebate á minima tentativa de excesso no seu uso." [3] Por isso, na Convenção convocada para deliberar sobre o projecto de Constituição federal, votado em Philadelphia, "os mais valorosos adeptos da democracia

---

[1] Russell Lowell: *Political Essays* (1888), pag. 311.

[2] Gladstone: *Kin beyond sea. Gleanings of past years*, vol. I (1879), pag 212.

[3] Von Holst: *The Constitutional and political History of the United States* (Lalor's *translat.*), vol. I, pag. 33.

achavam natural e salutar que os abusos das camaras representativas viessem naufragar á barra de um tribunal. Aquelles mesmos, que combatiam a instituição dos juizes federaes, fundavam essa opinião no receio de ver periclitar em mãos demasiado fracas a defeza das liberdades individuaes contra a omnipotencia das assembléas." [1] "Os oradores, a quem respondo," exclamava PATRICK HENRY, um dos titães da emancipação americana, em 1788, na Convenção da Virginia, "tributam grande honra á nossa magistratura, asseverando que ella é bastante firme, para contrapesar, quando cumpra, o poder legislativo. Sim, nossos juizes têm tido a energia de contrastar resoluções das legislaturas, declarando que, como poder judiciario, oppor-se-hão sempre a qualquer acto inconstitucional. Estaes certos, porém, senhores, de que o vosso poder judiciario federal mostrará o mesmo vigor? Será elle tão bem organizado, tão independente, quanto o nosso poder judiciario nos Estados?... Porque a *mais pura gloria deste paiz está na possibilidade de annullarem-se, em seus effeitos, pelas sentenças dos tribunaes, as leis transgressivas da Constituição.*" [2]

A funcção do poder judiciario, para que

---

[1] DE NOAILLES: vol. II, pag. 143.

[2] *Elliot's Debates*, vol. II, pag. 248. Cit. em NOAILLES, *ibidem*.

hoje appello, de oppôr-se ás leis inconstitucionaes, foi estabelecida, portanto, exactamente como "uma das mais reforçadas barreiras, que se poderiam erigir *contra a tyrannia das assembléas politicas.*" [1] O Congresso é a primeira das entidades, cujas demasias tinha em mente aquelle magistrado americano, que formulou em palavras lapidares este principio supremo em nosso regimen : " Toda vez que uma corporação publica, das que compõem o systema de governo instituido pelo povo soberano, assumir, sem expressa outorga da Constituição, das leis, ou do direito consuetudinario, o poder de turbar a administração publica, as leis, ou as disposições constitucionaes, *commette o crime de usurpação*, e seus actos são irritos e nullos." [2]

Um dos maiores philosophos politicos de Inglaterra, considerando neste aspecto do nosso systema constitucional, observa : "A Constituição americana pretende firmar certas leis fundamentaes, que não obrigam só aos cidadãos, mas ao proprio Congresso e ás legislaturas dos Estados. Dahi provém a anomalia de que o mesmo poder soberano está encadeado. Para bem dizer, não ha poder soberano. Os movimentos do Congresso estão limitados por travas.

---

[1] De Tocqueville : *Démocrat.*, I, pag. 172.

[2] Alex. Jameson : *A Treatise on Constitutional Conventions* (4th edit. ; Chicago, 1887), c. II, pag. 26.

A Constituição fez o que entre nós passaria por impossivel; *atou as mãos á legislatura*". [1]

A maior expressão da sublimidade politica desta fórma de governo reside no principio, em que ella acima de todos se inspira, de que," sob o dominio da democracia não se deve deixar indeterminada nenhuma das importantes questões concernentes ao exercicio dos poderes politicos". [2] E, pela propria indole do regimen democratico, no jogo de seu mecanismo a instituição mais inclinada a excessos e mais formidavel nelles é a das assembléas populares. "Não é do executivo", diz um dos melhores criticos da Constituição americana [3], " que se devem temer os maiores perigos. A legistatura é o espirito aggressivo. E' a força motriz do governo. E, si o poder judiciario não tiver auctoridade, que a reprima, de pouca utilidade serão os tribunaes como rodas compensadoras neste systema."

Antipoda a estas verdades, firmando-se descobertamente no polo opposto a ellas, o ministerio publico faz do Congresso o arbitro da Constituição, a que, pelo contrario, devia estar sujeito, segundo as leis de um regimen, onde "a Constituição domina os legisladores tanto

---

[1] Brougham: *De la Démocratie* (trad. Régis; Par., 1872), c. XXX, pag. 421.
[2] Sumner Maine: *Popul. Govern.*, pag. 111.
[3] Woodrow Wilson: *Congressional Govern.*, pag. 35-6.

quanto os simples cidadãos." [1] E', em suas feições mais brutaes, a expressão desse captiveiro electivo, contra o qual se indignava JEFFERSON, exclamando: "Pouco nos importa que o despotismo seja meneado por uma só mão, ou por muitas." [2] Ao passo que, segundo os canones essenciaes deste systema, não digo sómente na pureza de seu ideal, mas na propria realidade natural da adaptação instituida entre nós, o povo mesmo está subordinado á Constituição, cuja reforma não pode effectuar por meras maiorias, o Congresso gyra insuperavelmente na orbita da lei fundamental, e o legislador, ainda nas materias de sua competencia incontestavel, não crea, abole, suspende, ou modifica direitos, *senão por meio de leis*—a representação official da justiça publica no Brasil acaba de descobrir que as duas camaras, em deliberações independentes, sem a menor figura de processo legislativo, podem violar auctorizadamente a Constituição, auctorizando o poder executivo a violal-a.

Por meio *de moções*, sob o pretexto de excepcionalidade das circumstancias, *as camaras* podem resolver o que o proprio *poder legislativo não poderia por meio de leis.*

Praticamente, esta nova escola nos submette a duas constituições: a Constituição escripta, de

---

[1] DE TOCQUEVILLE: *Démocrat.*, I, pag. 168.
[2] *Loc. cit. Federalist*, XLVIII.

poderes definidos, estabelecida pela soberania nacional para as situações ordinarias; a *Constituição extraordinaria*, decretada pelo arbitrio da maioria de cada uma das casas do Congresso e consistente nesse mesmo arbitrio, directo, ou delegado, para os casos que lhe convenha qualificar de extraordinarios.

Tirada em vulgar, esta mirifica innovação quer dizer, pouco mais ou menos: toda a vez que a legalidade, estabelecida para manietar as facções, lhes embaraçar os movimentos, as facções legislarão a sua propria vontade. E, como, vasada no molde legislativo, essa vontade poderia sossobrar, no escolho constitucional, á beira dos tribunaes, arredam-se as garantias tutelares, proclama-se francamente a conveniencia discrecionaria, põe-se aos seus dictames a marca de "actos politicos", e diz-se á justiça: "Aqui cessa a fiscalização judicial, e suspendem-se todos os direitos estabelecidos. *Noli me tangere.*"

Maior prova não se poderia dar de nossa inferioridade moral ao regimen promulgado em 24 de fevereiro do que o triumpho (si elle fosse possivel) de semelhante jurisprudencia.

Para baseal-a, seria mister assentar duas premissas crassamente erroneas: primeiro, a legitimidade juridica das delegações de poder a poder, num systema constitucional, cuja essencia é a discriminação inalteravel dos poderes entre

si; segundo, a possibilidade racional da transmissão de faculdades, que o transmittente não possue.

Admittidas, sob certas restricções, nos governos parlamentares, as delegações de arbitrio legislativo á administração pelo parlamento são inconciliaveis (já de sobejo o demonstrámos noutra parte) com a substancia de um regimen, cuja principal caracteristica está precisamente na inflexibilidade organica das leis que traçam essa delimitação fundamental.

Mas ainda nos paizes parlamentares não se admittiria, em boa doutrina, delegação legislativa, que investisse o chefe do Estado na attribuição de suspender leis ordinarias (quanto mais disposições constitucionaes) em pontos concernentes aos direitos do individuo.

Na Belgica, por exemplo, ante o art. 6 da Constituição, que formalmente nega á coroa a faculdade de suspender a execução das leis, suscitou-se a questão de saber "si está nas mãos da legislatura outorgar ao rei, mediante clausulas explicitas, *a faculdade de suspender, em certos casos, uma ou outra disposição de lei, especialmente designada.*" Pois bem: apezar de todas as restricções, que, como se vê, limitam a gravidade do quesito, os juizes mais competentes o resolvem negativamente. E' assim que, impugnando

a affirmativa, diz uma das maiores auctoridades constitucionaes daquelle paiz :

" Este systema, adoptado em sentido absoluto, exporia aos mais graves perigos as liberdades publicas. Onde estariam as garantias do corpo social, si, supponhamos, o poder legistivo, por lei especial, delegasse ao chefe do Estado o direito de suspender momentaneamente as leis, que lhe aprouvesse?" (Note se: é exactamente este o alcance, que aqui se está querendo attribuir á famosa moção.) " Basta estabelecer a questão desta maneira ", continúa o eminente publicista, " para evidenciar que ella deve resolver-se por uma distincção essencial. *Nos assumptos, que têm relação necessaria com os direitos civicos assegurados pela Constituição, o poder legislativo evidentemente desconheceria a sua missão, si concedesse ao rei a faculdade de suspender a seu sabor o effeito das leis.* " [1]

Na Italia ha exemplos, não raros, da concessão de faculdades legislativas pelas camaras ao poder executivo. Mas, em primeiro logar, essa precaução sempre se confere *sob a fórma de leis*, isto é, sob a garantia da multiplicidade das deliberações, do concurso das duas camaras e da sancção, que associa o chefe do Estado á responsabilidade da medida. Depois, essas auctori-

---

[1] THONISSEN: *La Constitution Belge*, pag. 216, nº 296.

zações nunca attribuiram ao monarcha a licença de preterir direitos constitucionaes. E, ainda assim, a opinião estreme de interesses politicos tem profligado sempre essa pratica, averbando-a de abusiva e inconstitucional. " Na maior parte dos casos ", escreve um auctor dos mais illustrados, " cumpre condemnal-a como verdadeira abdicação, irreflectida, ou forçada por invasões administrativas, de funcções que o Estatuto confiou taxativamente ao corpo legislativo, não a outrem, que, portanto, devem exercer-se sob as fórmas, nos moldes e pelas pessoas determinadas no Estatuto. A delegação a extranhos, feita *à priori* e incondicionalmente, sôa como aberta violação da carta constitucional e das normas absolutas, nella inscriptas, com que as leis devem conformar-se, para obrigar a liberdade dos cidadãos. " [1]

Mas, si, ainda em monarchias parlamentares, como a Italia e a Belgica, se condemnam como illegitimas as auctorizações legislativas em assumptos da competencia da legislatura, como não se pronunciaria alli a razão juridica, si se tractasse de delegações parlamentares, em materia que lhe fica extra-alcance, *em materia constitucional?*

Substituam agora um parlamento por um Congresso, a monarchia pelo regimen presiden-

---

[1] BERTOLINI: *Lo Stato per gli individui* (Roma, 1889), pag. 74.

cial, um governo de poderes communicaveis por um governo de poderes intransferiveis; e vejam como, a não estar de todo perdido o senso logico (para não fallarmos no juridico), se poderia admittir delegação legislativa sobre o direito, *que o delegado não tem*, de suspender a Constituição. Adquirir o que se não possue, *por dadiva de quem o não possue*, seria maravilha maior, perante a razão natural, do que o prodigio divino da transubstanciação, ou o mysterio da Trindade. *Dare nemo potest quod non habet, neque plusquam habet.* E, todavia, é, nem mais nem menos, o que se pretende, quando se quer tolerar ao Congresso, auctoridade subalterna á Constituição, o arbitrio de habilitar o poder executivo, outro instrumento della, a limitar-lhe, ou interromper-lhe o vigor.

Demos, porém, tudo o que quizerem. Subscrevamos esta inversão do senso commum. O Congresso pode ter o capricho de liberalizar o que lhe não pertence. De accôrdo. E, si o tiver, o donatario adquire o que o doador não possuia. Seja. Mas, pelo menos, seria preciso demonstrar no doador a intenção da liberalidade. Ninguem dá o seu, ou o alheio, sem o proposito de dal-o.

Ora, onde está o documento dessa auctorização, que se anda a sonhar, do Congresso ao governo, para esbulhar cidadãos brasileiros de direitos constitucionaes?

Na moção, diz o ministerio publico.

Mas a moção, approvada no senado e na camara dos deputados em 21 de janeiro de 1892, reduz-se, em sua parte deliberativa, a estas palavras:

"O senado... a camara... resolve dar por terminados os trabalhos da presente sessão extraordinaria, esperando do governo, *em quem amplamente confia*, e que se acha forte pelo apoio de toda a nação, o emprego de *todos os meios, mesmo os mais energicos*, que as circumstancias aconselhem, afim de manter a ordem, *punir severamente* os que tentarem, ou vierem a tentar, perturbar a paz e tranquillidade publica, restabelecer o regimen *verdadeiramente federativo*, conspurcado pelo acto de 3 de novembro, e consolidar a republica."

Nada mais.

Onde está aqui a permissão de ferir a lei constitucional?

Não ha, no texto, uma syllaba, que entremostre esse pensamento. De onde concluir devo ou que tal pensamento não se teve, ou que, si o tiveram, e o encobriram, é porque se pejaram de enuncial-o. Na primeira hypothese, não n'o havemos de emprestar nós ás duas camaras; na segunda, penetrar-lh'o seria attentado contra o seu proprio pudor. Respeite-se, ao menos, ao Congresso o decoro, que elle quiz guardar.

Verdade é que as duas camaras declaram alli "confiar amplamente" no governo. Mas isso diziam, sob a monarchia, todos os parlamentos a todos os ministerios, sem que ninguem jámais confundisse *moções de confiança* com delegações legislativas, ou houvesse gabinete, que, por taes manifestações, se julgasse habilitado a revogar leis, quanto mais a abolir direitos constitucionaes. E depois, longe de enxergar nessa phrase um convite á usurpação, mais plausivel seria consideral-a como exhortação implicita á manutenção da legalidade; porquanto, na ordem das presumpções naturaes, confiar numa auctoridade é contar com a sua fidelidade á lei de suas funcções, aos deveres de seu cargo.

Vejo que a moção animava o presidente ao uso de "todos os meios, mesmo os mais energicos." Mas, como o objecto que com elles se tinha em mira, era a preservação *da paz*, a restauração *do regímen federativo*, a *consolidação da republica*, fins todos estes essencialmente ligados á observancia da verdade constitucional, a inferencia mais razoavel leva a suppôr que o proposito das duas camaras seria recommendar ao governo essa especie de energia (a mais difficil de todas e a mais rara entre nós), que consiste em não sahir da lei, e vencer com a força da lei os embaraços da crise.

Quem interpretará melhor as intenções do Congresso? O sr. procurador da Republica, ou eu?

Vae responder o Congresso mesmo.

Abra o nobre orgam da justiça os *Annaes da Camara dos Deputados.* [1] Queira folhear o parecer acerca do projecto n. 22 *A*, de 1892, relativo ao estado de sitio. Nesse documento, que, sob as assignaturas dos *srs. Felisbello Freire, Glicerio, França Carvalho, Chagas Lobato, Dutra Nicacio, Alcindo Guanabara,* Epitacio Pessoa e Augusto de Freitas, representa a opinião da mesma maioria, que approvara a moção de janeiro, resalta este trecho:

> "Funccionando então o Congresso, dominado por acontecimentos de tanta gravidade, que era preciso reprimir, para pôr a salvo o principio da auctoridade, encerrava, no dia 21 de janeiro, as suas sessões com a moção ao governo, em que, **não lhe delegando nenhuma attribuição,** todavia chamava sua attenção para as tendencias de uma anarchia, que se tornava preciso domar com toda energia, em defeza dos altos interesses da ordem publica."

Ahi está formalmente declarado, pelo proprio Congresso, que *não delegara* ao poder executivo

[1] Segunda sess. da primeira legislatura, vol. II, pag. 254.

attribuição nenhuma, na moção invocada como fundamento das reformas de 7 de abril.

Labora, portanto, o ministerio publico no mais deploravel engano, no engano mais inexplicavel, contraría a verdade material do proprio documento annexo á sua impugnação, quando affirma que por essa moção o Congresso investiu o chefe do Estado "*em poderes extraordinarios*".

E' a Camara que assevera, no parecer de 20 de junho, que não lhe deu poderes *de ordem alguma*. Nem é tudo.

Ha ainda, na sessão de 1892, outra manifestação daquella casa, não menos frisante para as minhas conclusões: é o parecer n. 7, da commissão de constituição, legislação e justiça, apresentado a 8 de junho e depois approvado, contra a indicação opposicionista, que propunha um convite ao vice-presidente da Republica, afim de pôr termo ás medidas de excepção tomadas no decreto de 12 de abril. Reprovando o alvitre da moção, que alguns suggeriam como expediente para indicar ao chefe do Estado a necessidade de eleger-lhe successor, os auctores do parecer, exprimindo o pensamento da maioria, que votara a moção de janeiro, caracterizam assim a inanidade legal dessa praxe bastarda:

> "Si o corpo legislativo tem competencia, para ordenar a pratica deste acto, a Constituição *só*

> *lhe dá um recurso, de que elle possa lançar mão: é decretal-o como lei.* Si, por sua natureza, esse acto não pode ser traduzido em lei, então é que elle escapa á acção do Congresso ". [1]

Poder-se-hia proscrever mais vigorosamente o sestro de *legislar por moções*, acolhido com alvoroço pelos que vêem na de 21 de janeiro uma delegação legislativa ao chefe do Estado?

Reflicta o honrado orgam da justiça nest'outro lanço, que eu poderia subscrever com endereço ao meu contradictor:

" A Constituição ", diz a Camara, " não quiz, nem implicitamente, deixar margem, por onde, á custa de repetidas invasões, pudesse resurgir " essa velha mentira da omnipotencia parlamentar ", que LABOULAYE accusava de haver perdido tudo em França ". [2]

O acto de 7 de abril, portanto, foi praticado sem assenso prévio do Congresso.

Teve acaso a sua acquiescencia posterior?

Não; porque o parecer de 20 de junho, que examinou os actos de abril, não se occupa com o decreto de 7; e a sua conclusão, onde se concretiza o voto daquella casa, se limita a estas pala-

---

[1] *Ibid.*, pag. 93.
[2] *Ibid.*

vras: "A camara, em cumprimento do disposto no art. 80 e no nº 20 do art. 34, resolve approvar os actos do governo referentes *aos acontecimentos da noite de* 10 *de abril* e constantes dos *decretos de* 10 *e* 12 do mesmo mez". [1]

Logo:

O decr. inconstitucional de 7 de abril é obra exclusiva do chefe do Estado, sem apoio, directo, ou indirecto, em voto do Congresso.

II

O ESTADO DE SITIO

Pretende a Ré que as demissões e reformas fulminadas pelo decr. de 12 de abril são legitimas, por constituirem "acto politico do poder executivo, praticado no periodo extraordinario do estado de sitio."

Ora, a integridade das patentes e a vitaliciedade dos cargos inamoviveis; infringidas por essa medida, exprimem direitos affiançados pela Constituição no art. 72.

Logo, essa theoria suppõe que a instituição do estado de sitio investe o governo, que o declarar, na attribuição de abolir temporariamente os direitos solemnemente reconhecidos no pacto federal.

---

[1] *Ib.*, pag. 263.

Mas semelhante supposição é insustentavel; porquanto *nem o poder legislativo mesmo* dispõe de semelhante auctoridade.

O texto constitucional, que determina os effeitos do estado de sitio, é o do art. 80, que estatue :

" Poder-se-ha declarar em estado de sitio qualquer parte do territorio da União, suspendendo-se ahi *as garantias constitucionaes* por tempo determinado, quando a segurança da Republica o exigir, em caso de aggressão estrangeira, ou commoção intestina." (Art. 34, n. 21.)

Resa o art. 34, n. 21 :

" Compete privativamente ao Congresso Nacional :

" Declarar em estado de sitio um ou mais pontos do territorio nacional, na emergencia de aggressão por forças estrangeiras, ou de commoção intestina, e approvar, ou suspender, o sitio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, e seus agentes responsaveis, na ausencia do Congresso."

Tudo o que, nestas disposições, se permitte, pois, ao Congresso, consiste, no maximo, em "suspender *as garantias constitucionaes* por tempo determinado."

Ora, uma coisa são *garantias constitucionaes*, outra coisa *os direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança,

politica, ou judicial. Os *direitos* são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existencia subjectiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os individuos, que a compõem. As *garantias* constitucionaes *stricto sensu* são as solemnidades tutelares, de que a lei circumda alguns desses direitos contra os abusos do poder.

O notavel publicista argentino, que consagrou uma obra *ex-professo* ás garantias constitucionaes, frisa nitidamente a distincção entre estas e os direitos que ellas se destinam a salvaguardar contra certos perigos. "Quando nossa Constituição se refere a *direitos individuaes*", diz elle, "nestes se comprehendem todos os que constituem manifestações do individuo em si mesmo, nas relações com os demais individuos e nas modificações, que conservam, modificam, ou cream os bens; e, quando allude a *garantias constitucionaes*, entendem-se *as que protegem e amparam o exercicio desses direitos*." [1] A discriminação é intuitiva.

Noutro logar torna ao assumpto o eminente escriptor: "Existem limitações *aos direitos individuaes*; mas, para evitar os abusos, que, á sombra dellas e por seu effeito, poderiam commetter-se, ha tambem *garantias*, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os

[1] ALCORTA: *Las garantias constitucionales* (Buenos Aires, 1881), pag. 23,

prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desappareça o abuso." [1]

Um dos mais sabios expositores da theoria politica na Europa, ATTILIO BRUNIALTI, professor de direito constitucional na universidade de Turim, indica, em livro aliás elementar, essa discriminação, que aqui parece esquecerem espiritos doutos, a quem não deve fallecer a auctoridade da sciencia, para honrar a auctoridade das funcções. "As Constituições positivas", escreve o illustre cathedratico, "não se limitam *a declarar as varias liberdades*; tambem se preoccupam, com habilidade maior ou menor, *de suas garantias*, commettendo-as a instituições especiaes, ou a preciosas sancções juridicas." [2]

Na ultima de suas obras, o insigne expositor belga do governo democratico, a proposito da carta constitucional de seu paiz, observa:

"A Constituição belga resumiu numa formula mui precisa *as garantias* contidas em geral nas constituições livres:

"Art. 7. E' garantida a liberdade individual. Ninguem pode ser processado senão nos casos previstos na lei, e pela fórma que ella prescreva.

"Salvo o caso de flagrante delicto, ninguem pode ser preso, senão em virtude de ordem mo-

---

[1] *Ib.*, pag. 34.

[2] A. BRUNIALTI: *Guida allo studio del diritto costituzionale*, pag. 87.

tivada do juiz, que se lhe notificará no momento da prisão, ou nas vinte e quatro horas subsequentes.

"Art. 10. O domicilio é inviolavel: as visitas domiciliarias só se admittem nos casos da lei e pela fórma que ella determina." [1]

Ora, a Constituição belga encerra um titulo inteiro (o II°), dividido em 21 artigos (4 a 24), inscripto sob a rubrica "Dos belgas *e seus direitos.*" Mas LAVELEYE não confundiu esta noção com a das *garantias*, que, segundo elle, se reduzem propriamente ao disposto nos arts. 7 e 10, aquelles, a saber, onde se estabelecem as solemnidades fundamentaes do processo contra as prisões arbitrarias e as violações do domicilio particular.

No parlamento brasileiro mesmo já tivemos occasião de ver exprimir esta verdade essencial, de immenso alcance para os direitos humanos, por um dos espiritos de melhor cultura juridica, que alli conheço. [2] São estas as suas judiciosas palavras: "Os nossos estadistas e publicistas do tempo do imperio haviam aprendido com todos os publicistas e jurisconsultos do mundo civilizado a distinguir *garantias constitucionaes*, que são *formalidades* prescriptas pelas constituições, para abrigarem dos abusos do poder e das vio-

[1] LAVELEYE: *Le gouvernment dans la démocratie*, vol. I, pag. 131.
[2] LEOVIGILDO FILGUEIRAS, discurso no 1° de ag. de 1892.

lações possives de seus concidadãos *os direitos constitutivos da personalidade individual, e direitos*, quer individuaes, quer sociaes, quer politicos, que não são *formalidades* prescriptas por constituições, mas attributos da natureza humana, que adquirem um caracter ethico na vida superorganica, sem os quaes a sociedade é impossivel e, portanto, constituem, fóra ou acima das leis politicas, condições absolutamente inviolaveis da ordem e evolução sociaes. "

A confusão, que irreflectidamente se faz muitas vezes entre *direitos* e *garantias*, desvia-se sensivelmente do rigor scientifico, que deve presidir á interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. *Direito* "é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar, ou não praticar certos actos." [1] *Garantia*, ou *segurança* de um direito, é o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de attentados, de occorrencia mais ou menos facil.

Os nossos proprios textos constitucionaes estabelecem manifestamente a distincção; pois, ao passo que, rubricando a secção II do titulo IV, o legislador constituinte lhe chama "Declaração *de direitos*", no art. 80, onde se occupa com as faculdades anormaes do Congresso e do poder

---

[1] LITTRÉ: *Grand Dictionnaire*, vol. II, pag. 1245.

executivo durante o estado de sitio, não se refere senão a "*garantias constitucionaes*". Que razão de ordem positiva, de plausibilidade concludente nos auctoriza a *synonimizar* (relevem-me o neologismo) as duas expressões?

Verdade é que tambem não se encontrará, na Constituição, parte, ou clausula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução "garantias constitucionaes". Mas a accepção é obvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratorias*, que são as que imprimem existencia legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratorias*, que são as que, em defeza dos *direitos*, limitam o poder. Aquellas instituem *os direitos*; estas, *as garantias*; occorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito. Essa discriminação produz-se naturalmente, de um modo material, pela simples enunciação de cada clausula no tit. II, sec. II.

E' o que se evidencia deste confronto:

Direitos	*Garantias*
Art. 72. § 1º "Ninguem pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei."	
§ 2º "Todos são eguaes perante a lei."	

§ 3º Liberdade de cultos.

§ 8º "A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas;

não podendo intervir a policia, senão para manter a ordem publica."

§ 9º Representação e petição.

§ 4º "Em tempo de paz, qualquer pode entrar no territorio nacional, ou delle sahir, com a sua fortuna e bens, como e quando lhe convier,

independente de passaporte."

§ 11. "A casa é o asylo inviolavel do individuo;

ninguem pode alli penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela fórma prescriptos na lei."

§ 12. "Em qualquer assumpto é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna,

sem dependencia de censura, respondendo cada um pelos abusos que commetter, nos casos e pela fórma que a lei determinar.".

§ 13. "A' excepção do grante delicto, a prisão não poderá executar-se, senão depois de pronuncia do indi-

ciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da auctoridade competente.

§ 14. " Ninguem poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei, nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei admittir."

§ 15. Irretroactividade das leis penaes.

§ 16. " Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defeza, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela auctoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas."

§ 17. Direito de propriedade.

§ 18. Sigillo da correspondencia.

§ 19. " Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente.

§ 20. "Fica abolida a pena de galés e o banimento judicial."

§ 21. Abolição da pena de morte.

§ 22. *Habeas-corpus.*

§ 23. Abolição dos privilegios de fôro.

§ 24. Liberdade profissional.

§§ 25, 26, 27. Propriedade intellectual e individual.

§ 28. Egualdade religiosa.

§ 30. Votação legislativa do imposto.

§ 31. Jury.

Art. 73. Egualdade perante as funcções publicas.

Art. 74. Inamovibilidade dos cargos vitalicios, postos e patentes.

Art. 76. Perda das patentes.

Art. 77. Especialidade de fôro para os delictos militares.

Este cotejo expõe, de um lado, *os direitos*, do outro as *garantias constitucionaes*, peculiares a alguns delles. Essas garantias limitam a acção policial e judiciaria no systema de meios generalizado entre os povos livres para a investigação dos crimes, apprehensão dos suspeitos e punição dos culpados. Comprehende-se, pois, que nos casos de conflagração social, ou perturbação violenta e ampla da ordem, ellas possam neutralizar a acção repressiva do poder publico, difficultando-lhe a cada passo o expediente indispensavel na lucta contra forças extraordinarias, cuja presteza de evoluções reclame reacção correspondente ao imprevisto de suas surprezas,

ao instantaneo de seus golpes, ao insolito de suas aggressões. As formulas usuaes do processo, nessas crises extremas, podem constituir verdadeiras trincheiras para a anarchia organizada, espalhada e descoberta. Natural era, portanto, que, para anomalias raras e formidaveis como essas, se considerasse necessario limitar, a bem do interesse publico, da salvação do Estado, a liberdade individual.

Mas só *a liberdade individual*. E quando me utiliso desta locução, é no seu sentido mais commum, isto é, no seu significado menos lato: "Nosso direito publico emprega, em geral, esta expressão, para designar a faculdade, possuida por cada individuo, de *dispor de sua pessoa, e obter protecção, ou reparação*, contra prisões illegaes, ou arbitrarias." [1]

São essas as unicas restricções ao uso dos direitos constitucionaes, que as constituições dos povos modernos costumam admittir. Na Prussia, as disposições fundamentaes, que podem suspender-se, quer pelo art. 111 da Constituição, quer pela lei de 1853, são: o art. 5, concernente á detenção preventiva; o art. 6, relativo á inviolabilidade do domicilio; o art. 7, que prohibe os tribunaes de excepção e as commissões extraordinarias;

---

[1] M. Block: *Dictionnaire Général de la Politique*, vol. II, pag. 203.

os arts. 27 e 28, allusivos á imprensa; os arts. 29 e 30, visantes ao direito de reunião e associação; o art. 36, opposto ao emprego da força militar na execução das leis sem requisição da auctoridade civil. A Constituição austriaca (regulamentada, nesta parte, pela lei de 1869) permitte suspender tão sómente o art. 8, liberdade individual, o art. 9, inviolabilidade domiciliar, o art. 10, sigillo epistolar, o art. 12, direito de reunião e associação; o art. 13, liberdade de palavra e imprensa. Na de Hamburgo (art. 102) só se tolera a suspensão das leis concernentes aos tribunaes, á prisão de cidadãos, ás buscas domiciliarias, á imprensa e ao direito de reunião. A Constituição adoptada pela Servia em 1869 auctorizava a suspender os arts. 27, liberdade individual, 28, inviolabilidade do domicilio, 32, liberdade de palavra e imprensa, 111, competencia dos tribunaes. Em Hespanha o art. 31 da Constituição estabelece que não se poderão suspender, no territorio da monarchia, senão (e isso por meio de lei) as garantias dos arts. 2, 5, 6 (segurança pessoal e domiciliar) e 17, §§ 1, 2 e 3 (expressão do pensamento, reunião e associação). Na França, onde, pelas leis de 9 de agosto de 1849 e 3 de abril de 1878 [1], declarado o estado de sitio, os poderes civis de policia e manutenção da ordem

[1] *Organisation des pouvoirs publics* (Par., 1889), pags. 251-55.

se transferem para a auctoridade militar, as faculdades exercidas por esta, administrativa e judicialmente, não restringem senão a liberdade individual, a liberdade de imprensa e a de reunião. Bem se vê que não cito legislações liberaes. Escolho aquellas, onde a instituição do estado de sitio se acha mais severamente militarizada; e, ainda assim, não encontro uma só, onde as faculdades desse regimen de excepção interessem outras garantias, além daquellas cuja observancia poderia embaraçar a investigação e repressão immediata dos crimes.

Percorro as Constituições da America latina: a do Uruguay (arts. 81, 83, 143); a da Republica Argentina (arts. 23, 67, § 26, e 86, § 19); a do Paraguay (arts. 9, 72, § 22 e 102, § 17); a do Perú (art. 59, § 20 e arts. 18, 20, 29); a do Equador (art. 60, § 12); a da Bolivia (arts. 26 a 30); a do Chile (art. 36, 6º), reformada pela lei de 24 de outubro de 1874; e em nenhuma dellas encontro, facultados ao poder executivo, ou ao legislativo, outros arbitrios mais que o de restringir as garantias concernentes á liberdade pessoal, ou direito de locomoção, á de reunião, á de associação, á de imprensa. Ainda na do Mexico (art. 29) e na de Venezuela (art. 72, § 15), cujo caracter grosseiramente oppressivo desafia a repugnancia aos espiritos menos exigentes em materia de liberdade, sempre se exceptua da

tyrannia do estado de sitio a garantia da vida, que, como veremos, não escaparia (nem essa, entre nós), a prevalecer a theoria da defeza.

Em parte nenhuma, portanto (não alludo ás excepções odiosas da caudilhagem dissimulada sob fórmas constitucionaes), em parte nenhuma o estado de sitio, ainda marcializado, produz outra coisa mais do que "a suspensão do curso natural da justiça ordinaria [1] ". E são essas condições da justiça e da liberdade individual as que a legislatura pode submetter a reservas, mais ou menos limitativas, nos casos, para os quaes fôr insufficiente a acção estrictamente legal da justiça e dos tribunaes. Quando a revolução abala seriamente os elementos estaveis da ordem, e o perigo, mais ou menos mysterioso em suas origens, mais ou menos temeroso em suas proporções, envolve, ameaça e desafia os poderes publicos, o dominio absoluto de regras, como as que asseguram a liberdade de locomoção, de reunião, de associação, de imprensa, pode tornar-se incompativel com as necessidades superiores de uma sociedade organizada e resolvida a se defender. Nesse caso exige a fatalidade do principio de conservação de todos os organismos intelligentes que o circulo da individualidade se estreite, a bem do supremo instincto da vida col-

[1] Rafael Garcia. Cit. por Alcorta, pag. 157.

lectiva. Mas, como o que póde prejudical-a é unicamente o desenvolvimento da acção individual em sua expansão ordinaria, basta reforçar contra ella as regalias do principio da ordem, as attribuições, mediante as quaes o poder responsavel pela segurança publica encalça, captura, detem e remove do theatro da desordem as entidades perigosas.

As garantias constitucionaes, portanto, na accepção racional do art. 80, são essas condições de protecção á liberdade individual, que, nos casos de profunda perturbação da tranquillidade geral, tolheriam, ludibriariam e annullariam a execução da lei. A columna segunda, no quadro acima exposto, designa-as precisamente. Essas garantias, numa lei regulamentar do estado de sitio, o poder legislativo poderia modifical-as, com mais ou menos parcimonia, mais ou menos rudeza nas excepções, conforme o espirito mais ou menos liberal das assembléas, ou as exigencias mais ou menos compressivas da epocha.

Mas ampliar as faculdades legislativas além da região dessas garantias, estender essas faculdades aos direitos que não collidem, nem podem collidir jámais com os interesses da ordem publica, aos direitos que não ha meio, em hypothese nehuma, de servirem como arma de inquietação e anarchia, aos direitos cuja possibilidade de suppressão seria apenas, fosse em que mãos

fosse, instrumento de cobiças e vinganças, de deshumanidades inuteis e crimes perversos, — seria decretar uma Constituição como freio ao legislador e, ao mesmo tempo, franquear ao legislador os recursos mais decisivos para annullar essa Constituição.

Não tem a minima intuição do espirito das Constituições escriptas, de seu supremo objecto, de sua razão geral, da parte intransigivel de suas leis, quem não comprehender que "as exigencias da justiça estão longe de ser satisfeitas, quando se põem os cidadãos sob a tutela do poder legislativo". [1] Si esses pactos soberanos não "determinassem um circulo de direitos impenetravel á acção do poder publico", ficariam, em todo e qualquer caso, ordinario, ou extraordinario, á mercê do poder, que foram instituidos, para definir e limitar. "Poder-se-ha conceber uma Constituição, que abrace na sancção de suas clausulas todas as liberdades imaginaveis, mas que, admittindo a possibilidade de limital-as todas por meio de leis, suggira ella mesma o meio honesto e legal de faltar a tudo o que promette ? " [2]

Mas é precisamente o que succederia comnosco, a ser verdadeira a hermeneutica constitucional do nobre representante da justiça. O

---

[1] CAVAGNARI: *Le leggi dell'organizzazione sociale*, pag. 369.
[2] ALBERDI: *Organizacion de la Confederacion Argentina*, tom.I, pag. 164. *Apud* ALÇORTA, *Garantias*, pag. 23.

direito, cuja suppressão foi infligida ás victimas do decreto de 12 de abril, não pertence ao numero das *garantias constitucionaes*, isto é, ás *formas*, processuaes, ou politicas, destinadas, em circumstancias ordinarias, a proteger o individuo contra os arbitrios da repressão, mas suspensiveis, sob circumstancias anormaes, pelas necessidades inevitaveis da ordem. Esse direito é uma propriedade pessoal, cuja manutenção não retardaria os passos á policia, não entibiaria o vigor á administração, não crearia o menor obstaculo á paz. A acção governativa, policial, ou penal, contra os peiores revolucionarios não funcciona menos energica, menos accelerada, menos cabal, porque o governo se veja obrigado a não violar nos suspeitos um titulo juridico, que os não eximiria da prisão discrecionaria, da sequestração administrativa, do desterro sem julgamento. Si o Congresso tivesse a faculdade, que o ministerio publico pretende attribuir ao executivo, de supprimir, a pretexto do estado de sitio, a vitaliciedade assegurada pela Constituição ás funcções inamoviveis,—pela mesma razão teria a de suspender, durante o estado de sitio, todos os outros direitos, enumerados na declaração geral delles. Si um é suspensivel como " garantia constitucional ", garantias constitucionaes hão de considerar se todos os outros, e, como taes, serão egualmente suspensiveis.

No mesmo capitulo, art. 72, onde se garantem as patentes e os cargos vitalicios, sagrou a Constituição (§ 17) o direito de propriedade. O Congresso arrogar-se-ha, para os casos de estado de sitio, o direito de confisco. No mesmo artigo (§ 19) a Constituição decreta que as penas não passarão da pessoa do delinquente. O Congresso responsabilizará os filhos pelos delictos politicos dos paes. No mesmo artigo (§ 20) a Constituição abole as galés. O Congresso abrirá para as revoluções a excepção da calceta. No mesmo artigo (§ 21) a Constituição extingue a pena de morte. O Congresso reforçará o estado de sitio com o cadafalso. No mesmo artigo (§ 15) se proscreve a retroactividade na legislação penal. O Congresso, durante o estado de sitio, creará capitulações e punições novas para factos anteriores. No mesmo artigo (§§ 7 e 28) a Constituição assegura a liberdade de cultos. O Congresso, dominado por maiorias de seita, fará do estado de sitio occasião para leis de perseguição religiosa. No mesmo artigo (§ 30) a Constituição prohibe a cobrança de impostos sem voto legislativo. Os Congressos partidarios auctorizarão as administrações amigas a tributarem sem lei durante o estado de sitio.

E no mesmo sentido, e pelo mesmo motivo, em que e por que se qualificarem de *garantias constitucionaes* todas as clausulas da "Declaração de direitos", como garantias constitucionaes se

hão de considerar muitas outras instituições contidas na lei fundamental. Garantia constitucional é a dualidade das camaras, é a collaboração do chefe do Estado na producção das leis, é a responsabilidade dos funccionarios, é a organização da justiça, é a electividade das funcções politicas, são as immunidades parlamentares, são as incompatibilidades eleitoraes, são os direitos autonomicos dos Estados. Tudo isso, na significação ampla, segundo os publicistas, cae sob a inscripção geral de *garantias constitucionaes.* [1] Si o Congresso pode cassar patentes e cargos inamoviveis, em consequencia da disposição do art. 80, que o auctoriza a suspender as *garantias constitucionaes*, pela força da mesma disposição todas essas outras *garantias constitucionaes* ficam entregues á discreção das maiorias legislativas, que, multiplicando os estados de sitio, convertel-os-hão em instrumento usual das facções, e no decurso delles, a seu talante, suspenderão toda a ordem constitucional. Por outra: com o estado

---

[1] " La *meno imperfetta costituzione si è nell'ordinamento politico ed amministrativo, cioè nello stesso ordinamenlo dei poteri pubblici.*" LUIGI PALMA: *Corso di diritto costituzion.*, vol. III, pag. 17.

Outro publicista europeu, alludindo a estas palavras, diz:

" Se si pensa un momento sopra, si vedrà che questa è la vera libertà, che *questa è la vera guarentigia*, como benissimo dice l'illustre professore." ARANGIO RUIZ: *Delle guarentigie costituzionali*, pag. XII.

" Un ultimo acenno resta a fare intorno al Gabineto... Qui necessitava intratenersi intorno a siffatto organismo come base della Costituzione, *creando in tal modo nei suoi rapporti colla Corona una delle guarentigie fondamentali.*" *Ib.*, pag. 17.

de sitio cessará a Constituição, substituida pela omnipotencia do Congresso. Si, porém, tudo isso são absurdos sobre absurdos, loucuras sobre loucuras, monstruosidades sobre monstruosidades, neste caso a irracionalidade das consequencias, rigorosamente deduzidas, evidencia a irracionalidade da premissa; e o Congresso, pelo mesmo fundamento por que não teria o poder de suspender a Constituição nessas disposições, não tem o de suspendel-a na que apoia o direito de meus clientes.

Mas, si, em relação ás faculdades do Congresso, poderia dar logar a polemica o indeciso da expressão "garantias individuaes", o mesmo não succede quanto ás faculdades do poder executivo; porque estas, no art. 80, se acham taxadas *literalmente*. Eis o texto:

> "§ 1º Não se achando reunido o Congresso, e correndo a patria imminente perigo exercerá esta attribuição o poder executivo federal. (Art. 48, n. 15).
>
> "§ 2º Este, porém, durante o estado de sitio, restringir-se-ha, nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor:
>
> "1º A detenção em logar não destinado aos réos de crimes communs.

> "2º O desterro para outros sitios do territorio nacional."

Deter e desterrar por acto administrativo: taes são, pois, *exclusivamente* as faculdades *extraordinarias* (e gravissimas), que a Constituição, durante o estado de sitio, permitte ao governo. O texto é incisivo como uma lamina de aço e infrangivel como um circulo de ferro.

Não sou eu quem o diz. Disse-o *a propria camara dos deputados*, approvando o parecer formulado, em 8 de junho de 1892, pelos mesmos applaudidores do estado de sitio: os srs. Guanabara, Felisbello Freire, Lobato e Glicerio.

Aqui estão as palavras da commissão de constituição, legislação e justiça, sacramentadas pelo voto posterior daquella casa:

> "A decretação do estado de sitio é attribuição privativa do Congresso Nacional. (Art. 34, n. 2.1) Não se achando, porém, reunido o Congresso, e correndo a patria imminente perigo, exercerá essa attribuição o poder executivo federal. (Art. 80.) *Nesta hypothese, porém,* **a Constituição determina a natureza das medidas de repressão, que podem ser usadas.**" [1]

[1] *Annaes da Camara dos Deputados*, 1892, vol. II, pag. 93.

Dizendo que "a Constituição *determina as medidas de repressão, que podem ser usadas pelo executivo*", a Camara evidentemente declarou que o executivo não podia usar medidas de repressão não determinadas. E, como entre as medidas repressivas (detenção e desterro) *não se determina* a de ferir o direito das patentes e dos cargos inamoviveis, estabelecido no art. 74, mathematicamente obvio é que o poder executivo não podia vibrar as reformas e demissões, que decretou a 12 de abril.

Em vão, pois, se allega que o procedimento do chefe do Estado, no exercicio dessa funcção, é *politico*, que a sua auctoridade, neste particular, é discrecionaria. "La medida y sus aplicaciones son, sin duda, discrecionales, *pero lo son en los limites que la Constitucion ha determinado a su respecto.*" [1]

Discrecionario, politico é o poder do presidente da Republica, *prendendo e desterrando*, no decurso do estado de sitio; porque a Constituição lhe confere a auctoridade *politica, discrecionaria*, de prender, e desterrar. E da sua discreção no emprego dessa medida politica o Congresso, como auctoridade politica, especificamente preposta a esse encargo (Const., art. 34, n. 21), é o unico juiz.

Demittindo, porém, e reformando fóra dos casos legaes, outorga que a Constituição não lhe

---

[1] ALCORTA, *Op. cit*, pag, 279.

deu entre as faculdades politicas do art. 80, ou de qualquer outro artigo, o poder executivo não procede politica, mas arbitraria, illegal, extravagante, abusivamente. E, como, no proceder assim, espesinha direitos individuaes, que a Constituição protege contra quaesquer auctoridades, o juizo competente acerca de taes abusos já não é o do Congresso, poder *exclusivamente politico:* é o dos tribunaes, orgam exclusivo da justiça, magestade restituidora do direito.

Como recurso politico, ainda quando exercido pela propria legislatura, o estado de sitio é necessariamente transitorio em seus effeitos. Afasta o perigo, desarmando a ameaça. E, afastado o perigo, depõe as suas faculdades de reacção. "*Ogni restrizione cessa coll cessar della causa che l'ha prodotta.*" [1] Logo que se desmanda, accommettendo, e anniquilando direitos *permanentes*, o arbitrio repressivo transpõe a esphera politica, e invade a esphera civil: a da personalidade, a da propriedade, a da justiça. "Póde exigir imperiosamente a necessidade que se violem direitos", diz ZACHARIÆ [2], mas nunca que em logar do direito, se estabeleça a injustiça formal e *duradoura.*" Uma faculdade politica, destinada a

---

[1] ARANGIO RUIZ: *Assedio politico. Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, part. IV, pag. 185.

[2] *Direito publ. allem.*, tomo II, pag. 153. Cit. por ALCORTA, pag. 279.

acudir a eventualidades passageiras, perderia o seu caracter natural, infligindo ao direito limitações definitivas. E' absurdo que um regimen de *excepção* e *occasião* possa imprimir ás suas consequencias *perpetuidade*. Si o fáz, deixou de ser recurso de policia, ou de politica, ou de policia politica: transformou-se em espoliação. E, para a espoliação, os tribunaes.

Quando, portanto, o Congresso, o anno passado, approvou o estado de sitio, declarado em abril, sua intenção não podia ser, senão approvar os actos *politicos* do executivo: as prisões e os desterros. Deve-se presumir que o decreto de 12 de abril, a que elle se refere, é o que prescreveu prisões e desterros, não o que pronunciou reformas e demissões inconstitucionaes. E, si outro foi o proposito do Congresso, si quiz legitimar as demissões e as reformas do dia 12, então sobrepoz apenas um abuso a outro; porque dar, com a sua adhesão, ao poder executivo auctoridade, que a Constituição lhe recusa, que ao proprio poder legislativo não dá, é o que lhe falta absolutamente competencia para fazer.

Uma inconstitucionalidade não deixa de sel-o, não se revalida, pelo facto de que a legislatura a subscreva. Nem a circumstancia de receber esse vicio o sello dos dois poderes politicos o subtrae á jurisdicção dos tribunaes, ou diminue, em rela[illegible] o poder rectificador destes.

Duas inconstitucionalidades conniventes não produzem um acto constitucional.

Aqui findarei, pois, esta secção do meu arrazoado, assentando as theses, que della decorrem:

A funcção politica do executivo, durante o estado de sitio, reduz-se a prender, e desterrar.

Demittindo e reformando, contra o art. 73 da Constituição, o governo exorbitou materialmente da funcção politica.

A approvação do estado de sitio pelo Congresso, portanto, não cobre as reformas e demissões de 12 de abril.

A amnistia

Ainda que superflua, não quero deixar sem algumas palavras esta face da questão.

Admittamos (hypotheticamente) as erronias, que se advogam a beneficio da usurpação de 12 de abril.

Privar de funcções inamoviveis, que estabelecem vantagens para o funccionario durante sua vida inteira, é impor penas, e penas *perpetuas*. Tanto mais certa é esta verdade, quanto, como tive occasião de mostrar, a privação de cargos vitalicios, segundo nossas leis, é invariavelmente consequencia de condemnações graves. E não ha, de mais a mais, duvida nenhuma que o governo, por occasião do estado de sitio, se arrogou a attribuição de *infligir penas*. E' o que elle mesmo expressamente declarou no *Diario Official*. [1]

Ora, os factos de abril foram amnistiados por decreto de 5 de agosto de 1892, que se exprime assim:

" Art. 1º E' concedida a amnistia:

" 1º A todos os cidadãos implicados nos

[1] *Diario Official* de 16 de abril de 1892. (Doc. annexo a estas razões.)

acontecimentos que motivaram o decreto executivo de 10 de abril deste anno, declarando em estado de sitio a capital federal. " [1]

Supponhamos, pois, que essas reformas, que essas demissões foram legitimas. O poder executivo declarara que demittia e reformava esses cidadãos (decr. de 12 de abril), por haverem " attentado contra a ordem, *envolvendo-se em crime de conspiração e sedição* ", isto é, *nos acontecimentos que motivaram o decreto executivo de* 10 *de abril.* Essa punição, portanto, formalmente ligada, pela auctoridade que a impoz, á existencia do crime, não pode perdurar, senão emquanto subsista a memoria legal da infracção.

Mas o Codigo Penal dispõe:

> "A amnistia extingue *todos os effeitos da pena*, e põe perpetuo silencio ao processo."

Esta a linguagem de todas as legislações.

Não importa essa medida unicamente "a eliminação, o olvido, ou a extincção *da accusação, delectio, oblivio, vel extinctio accusationis*", na linguagem, perfeitamente exacta ainda hoje, dos jurisconsultos romanos. "Lei, não de perdão, mas *de esquecimento* (*lex ablivionis quam Græci* αμνηστìαν *vocant*), ella não se estende só ás penas, senão tambem aos successos, que as determina-

[1] *Diario Dfficial* de 6 de agosto de 1892.

ram. A *amnêstia* grega, o *oblivio* latino, a nossa amnistia é a desmemoria plena, absoluta, abrangendo a propria culpa em sua existencia primitiva. Não só apaga a sentença irrevogavel, anniquilando retroactivamente todos os effeitos por ella produzidos [1], como vae até á *abolição do proprio crime*, punido, ou punivel. "*Hæc indulgentia perfecta est*: ABOLITIO CRIMINUM". [2] "Toda amnistia", ensina HAUS [3], "tem por effeito *abolir a infracção*". "Não extingue só a pena: *cancella o delicto*", diz CARRARA. [4] "Tira aos factos contemplados o caracter delictuoso", escreve GIACHETTI. [5] "Apaga tudo o que antes della occorreu; *supprime a infracção*, o processo, o julgamento, tudo o que susceptivel é de destruir-se." [6] Em summa, na phrase de uma sentença proferida pela côrte de cassação de Florença em 16 de março de 1864 [7], "subtrae o facto criminoso, redul-o a passar *como se nunca houvesse acontecido (a far si che debba ritenersi come non avvenuto)*, tornando impassiveis de qualquer penalidade os accusados."

---

[1] GARRAUD: *Traité du droit pênal français*, vol. II, pag. 145.
[2] CUJACIO, *Ad tit. Cod., de gener. abolit.* e L. I, *Cod. eod. tit.*
[3] *Principes généraux du droit pênal belge* (ed. de 1869), pag. 580, nº 751.
[4] *Programma del corso di diritto criminale*, P. Gener., vol. II, pag. 199, § 711.
[5] *Dei reati e delle pene in generale* (Fir., 1890), vol. III, pag. 434.
[6] GARRAUD, *Op. cit.*, II, pag. 142.
[7] GAGLIARDI: *Amnistia. Enciclopedia Giuridica Italiana*, vol. I, parte II, pags. 2012-13.

A tal ponto oblitera todos os vestigios do caso, que, perpetrando novo delicto da mesma natureza, o amnistiado não incorre na qualificação de reincidente. [1] E' como si o accusado nunca tivesse praticado acção semelhante.

Sua auctoridade vigora immediatamente de pleno direito, *ministerio juris*, de modo que, como lei de ordem geral, ainda quando não invocada, os tribunaes, por encargo do officio, têm o dever de applical-a. [2] Os particulares offendidos perdem, com ella, odireito á acção criminal. [3] Os proprios amnistiados não podem recusar-lhe o beneficio; porque ella opera de si mesma, em nome do interesse social [4], pondo perpetuo silencio á justiça, assim para a accusação, como para a defeza. Até as custas do processo e as multas pagas ao Estado se restituem. [5]

Numa palavra, "o cidadão é *completamente reintegrado em seus direitos: readquire-os em toda a sua plenitude. Il cittadino è del tutto reintegrato, e riacquista la pienezza delle sue giuridiche facoltà...*" [6]

Em consequencia, todas as incapacidades

---

[1] GARRAUD, *ib.*, pag. 145.
[2] GAGLIARDI, *loc. cit.*, pags. 2024, 2019.
[3] Cod. Penal, art. 76.— GAGLIARDI, *ib.*, pag. 2016.
[4] GAGLIARDI, *loc. cit.*, 2014 n. — GIACHETTI, vol. III, pag. 449 e segs.— GARRAUD, vol. II, pag. 144.
[5] Lei franc. de 2 de abril de 1878. art. 3. — *Grande Encyclopédie.* vol. II, pag. 787.— GARRAUD. vol. II, pag. 145.
[6] ELIA GAGLIARDI, *loc. cit.*, pga. 214.

resultantes da condemnação desapparecem." [1] Ou, como diz substancialmente o nosso Codigo Penal no artigo supratranscripto, "*extinguem-se todos os effeitos da pena.*"

Mas, tambem nos termos do Codigo Penal brasileiro, art. 55, a perda da funcção vitalicia é um dos effeitos da pena.

Logo, ainda quando legitima fosse a incapacidade fulminada contra as victimas de abril, essa incapacidade cessou fatalmente, independentemente de sentença, ou deliberação administrativa, com a cessação de todas as penas, por obra immediata e inevitavel da amnistia.

Cessou directamente como consequencia instantanea do principio legal.

Erra, portanto, flagrantemente a Ré em suppôr que, para a restituição dos demittidos á vitaliciedade extorquida, seria mister um acto revogatorio do poder executivo. Ainda concedendo a legalidade dos decretos demissorios, promulgados pelo governo, a força desses decretos teria expirado com o acto legislativo da amnistia.

E expirou *ipso facto.*

Assim um individuo *condemnado pelos tribunaes* á prisão cellular por mais de seis annos e privado, consequentemente, do emprego vitalicio, que exercesse, readquiril-o-hia immediatamente,

---

[1] Bonhoure, *Grande Encycl., loc. cit.*

si fosse amnistiado. A reintegração resultaria *ipso jure* do acto legislativo da amnistia. Os condemnados *pelo arbitrio do executivo* não é que hão de ficar fóra da lei, quando para os convencidos por sentença judicial esse é o preceito absoluto.

Temos, de mais a mais, em nossa historia judiciaria aresto solemne para o caso.

Envolvido na revolução de Pernambuco em 1848, o dr. Jeronymo Villela de Castro Tavares perdeu, por sentença, a sua cadeira na Faculdade de Direito do Recife. Sobrevindo, porém, a amnistia, o dr. Villela, processado, julgado, condemnado, cumprindo já a pena, em que incorrera, regressou para logo ao seu logar de cathedratico.

Era assim nos maus tempos da monarchia. Qual é, sob o novo regimen, a lei, que nos dotou agora com o progresso advogado pelo nobre representante da justiça republicana?

Posso, pois, rematar, deixando assentado que,

Ainda quando legalmente decretadas, as reformas e demissões de abril estariam revogadas pela amnistia de 5 de agosto.

A reparação civil

Marbury, cidadão americano, nomeado juiz de paz do districto de Columbia nos ultimos dias da administração de John Adams, com a ratificação do senado, reclamava, em 1801, perante a Suprema Côrte Federal, a expedição de um *mandamus* contra o secretario de estado Madison, para o obrigar á entrega de seu titulo, que o novo presidente lhe sonegava. Pela lei os juizes de paz eram inamoviveis durante cinco annos. Pretendia, pois, o nomeado que a recusa, pelo presidente Jefferson, da carta de commissão, já firmada por seu antecessor, importava a privação de um cargo, cuja posse, durante o quinquennio legal, era legalmente inviolavel desde a consummação do acto, que o designara, para exercel-o. [1] Sentenceando esse pleito celebre, estabeleceu MARSHALL, o oraculo da Constituição nascente, que Marbury tinha áquellas funcções direito legal adquirido, de que o executivo não podia desapossal-o, e, comquanto o tribunal não pudesse interferir nas prerogativas da administração,

---

[1] HENRY ADAMS. *The first administration of Thomas Jefferson*, vol. II (1889), pag. 147.

podia e devia intimar o ministro á observancia de uma obrigação, que não ficara á mercê do seu arbitrio, estando, como estava, subordinada a leis especiaes e a principios ineluctaveis de direito. "O auctor", disse o immortal *Chief-justice*, "tem á posse desta commissão direito legal perfeito, de que o executivo não pode exproprial-o. Foi nomeado para um cargo, *do qual não é amovivel á vontade do governo:* e, uma vez nomeado,é inalienavel o direito á investidura." [1]

Substitui agora um nomeado, que ainda não assumira as suas funcções, por outros, que as exerciam de posse antiga. Trocae a inamovibilidade limitada a cinco annos pela inamovibilidade perpetua. E tereis a differença entre a situação do juiz de paz americano, a favor de quem se proferiu aquelle aresto indelevel, e a dos funccionarios brasileiros, em nome dos quaes solicíto hoje uma sentença, que decidirá da seriedade das novas instituições no seu ponto sobre todos vital.

Ora, essas differenças ninguem dirá que sejam em desvantagem de meus constituintes. Elles não reclamam a collação em funcções, para

---

[1] JOHN MARSHALL, *Constitutional Opinions*, pag. 20: "The applicant has to that commission a vested legal right, of which the executive cannot deprive him. He has been appointed to an office from which he is not removable at the will of the executive; and, being so appointed, he has a right to the commission."

que estejam apenas designados: reagem contra a extorsão de uma auctoridade, em cujo dominio estavam por antiga investidura. Não pugnam por uma inamovibilidade temporaria: reivindicam direitos vitalicios. E (terceira disparidade a seu favor) não pretendem impôr ao executivo, por determinação judicial, a revogação do acto demissorio: simplesmente requerem dos tribunaes a manutenção civil na posse das vantagens de uma fruição, cujo titulo é inauferivel durante sua vida.

A lei, que declara vitalicia uma funcção, e sagra esse compromisso com o sello supremo da Constituição do paiz, contrae com o cidadão, sobre quem esse beneficio baixa pela instituição legal no cargo, um vinculo juridico irrescindivel. Salvo os casos de caducidade prefinidos na legislação, que reger a materia, salvo isso, — a estipulação, cujo fôro de inviolabilidade está na lei fundamental, tem o seu termo irreductivel na morte do beneficiado. Antes desta, si elle por sua parte não faltar ás obrigações do pacto de perpetuidade, o Estado em hypothese nenhuma tem possibilidade de rompel-o.

E' um verdadeiro contracto, mas um contracto de excepcional solemnidade, o que se estabelece assim entre o nomeante e o nomeado. As consequencias desse contracto nascem da lei. E a lei, a este respeito, é irretractavel. Mas,

como o objecto do accôrdo é uma prestação de serviços remunerados, em que um dos contrahentes (o serventuario publico) entra com as suas aptidões, e o outro (o Thesouro) com a compensação pecuniaria, claro está que, sendo perpetuo o laço contrahido, durante o periodo convencional deste nenhuma das duas partes pode perder jámais o seu direito *por acto da outra.*

Para o empregado vitalicio, portanto, a espectativa, creada a seu favor pelo ajuste, que a nomeação e a posse implicitamente envolvem, constitue, em rigor, *uma propriedade,* o dominio de uma renda, que não pode extinguir-se ao belprazer *da parte obrigada a pagar-lh'a.*

Objecta o ministerio publico que os vencimentos exprimem *uma funcção do emprego,* e com a demissão, conseguintemente, desapparecem. Distingo. Ha emprego e emprego. Nos empregos demissiveis ao arbitrio da administração o empregado não tem o menor direito á estabilidade. A nomeação não lhe dá, portanto, outro direito mais que o de receber o salario, emquanto exercer as funcções. A instituição nos cargos vitalicios, porém, firma um estado perpetuo de reciprocidade, obrigatorio ás duas partes. O vencimento, ahi, não é funcção do cargo: *é funcção do direito a este.* Si o funccionario resignou o logar, nesse caso abriu mão do direito, e, com este, foi se o vencimento, funcção sua. Mas

aquelle, que se obrigou a lhe prestar o vencimento perpetuamente, não pode a seu sabor exonerar-se da obrigação, simplesmente com extòrquir o emprego ao outro pactuante. Renunciará, si quizer, *ao seu direito:* os serviços do empregado. Mas não pode eximir-se *de seu dever:* o desembolso da renda, a que se comprometteu por toda a existencia delle.

Nos cargos amoviveis todas as relações juridicas estão subordinadas a um elemento soberano: a discreção do administrador, que dá e retira, a seu talante, o emprego e, com este, a remuneração. Nos cargos indemissiveis todos os privilegios do poder obedecem a uma condição capital: o titulo constitucional da vitaliciedade, ante o qual não ha discreção administrativa. Si a administração se rebella contra a supremacia desse principio, o seu acto, injuridico, perigoso, desorganizador, produzirá, si entenderem, consequencias na esphera *da administração*; mas evidentemente não pode tel-as *na dos direitos adquiridos*, que gyram no dominio das leis civis.

Si o nobre representante da justiça tivesse reflectido nestas considerações obvias, irrefragaveis, não viria dizer-me que a minha pretensão arma a "uma flagrante violação da lei, com desrespeito *ás mais vulgares noções de direito administrativo.*"

Perdoe-me o sr. procurador da Republica.

Não sou eu o panegyrista das demissões flagrantemente contrarias á lei e á Constituição republicana. Não sou eu quem canoniza esses clamorosos attentados contra a legalidade constitucional, sob a invocação da prerogativa *politica* do executivo. E, quanto ao direito administrativo, o que as suas noções mais vulgares ensinam a quem quer que as queira ouvir, é que a administração, que rasga um contracto, poderá desvencilhar-se de um contrahente incommodo, mas não se isenta da restituição civil ao prejudicado. Em todos os actos bilateraes, onde se avencem estipulações determinadas, o governo *é parte, como a outra parte*, e, si quebranta a fé de sua palavra, incorre na pena de sua impontualidade.

Em todo contracto, a vantagem convencionada a beneficio de um dos contractantes *é funcção dos serviços ajustados a favor do outro.* Mas d'aqui não se segue que o segundo possa dissolver, quando lhe pareça, o compromisso pecuniario, repudiando arbitrariamente os serviços do primeiro. E, si o faz, ha de resarcir-lh'o.

São noções triviaes de direito administrativo, o nobre procurador da Republica ha de dar-me a honra de reconhecel-o. E, si o são, bem se está vendo que o seu raciocinio não aproveita, senão para suggerir subsidios ao meu.

A idéa da funcção inamovivel decompõe-se em dois elementos juridicos: o exercicio, obri-

gação do funccionario, e os vencimentos, obrigação do governo. Legalmente, os dois elementos são inseparaveis, no sentido de que o governo não poderá dispensar a obrigação do funccionario, para se dispensar da sua obrigação. Essa inseparabilidade é a garantia de cada uma das duas partes *contra o arbitrio da outra.* Não pode converter-se, pelo contrario, em instrumento do arbitrio de qualquer dos dois contra o direito do outro coobrigado.

A indissolubilidade desse compromisso firma, para o governo, um credito perpetuo, os serviços do empregado, e um debito perpetuo, a remuneração. Si lhe apraz desfalcar-se das vantagens de credor, nem por isso se desobriga da condição de devedor. Ora, todo direito imprescriptivel, que se traduz na percepção de fructos, na fruição de rendimentos, na estabilidade de recursos pecuniarios, na certeza de meios de subsistencia, constitue, para o seu possuidor, uma verdadeira propriedade, uma propriedade material, como tal juridicamente defensavel contra o esbulho, judicialmente demandavel contra o esbulhador.

Em vão, portanto, argumenta a Fazenda com a auctoridade do acto do executivo, figurando que esse acto, emquanto não revogado, " não pode deixar de produzir todos os effeitos, *que legalmente delle decorrem.*" De actos illegaes não

podem emanar consequencias legaes. Os sós corollarios juridicos de um acto illegal são a sua nullidade e a responsabilidade de seu auctor. O acto illicito equivale ao acto não feito. *Non fieri vel minimè legitimè fieri paria sunt.*

A declaração constitucional de um direito importa a prohibição de violal-o, prohibição imperativa até para o poder legislativo, quanto mais para o executivo. "Onde a Constituição declara direitos fundamentaes", escreve COOLEY, juiz supremo e cathedratico de direito nos Estados Unidos, "não se ha mister que o texto vede expressamente á legislatura o desconhecel-os. A declaração é implicitamente prohibição, e inscreve-se na lei constitucional com o proposito explicito de actuar como restricção ao poder legislativo." [1]

O acto praticado contra declarações constitucionaes, venha do executivo, ou do legislativo, é nenhum. E, quando "por sentença judiciaria" recebe esse stygma, "considera-se *como si nunca tivesse existido.* A' sombra delle não se podem erigir direitos; os contractos, cuja procedencia delle pender, são irritos; não excusa o procedi-

---

[1] THOMAS COOLEY, *Constitutional limitations*, pag. 210: "Nor, where fundamental rights are declared by the Constitution, it is necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is insert in the Constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power".

mento de ninguem, que obre sob sua direcção; nem os que lhe recusarem obediencia, *ainda antes da sentença*, incorrerão em pena. Entende-se que *nunca, desde seu começo, lhe assistiu a minima auctoridade legal.*" [1], E' o principio commum: *Actus, a principio nullus, nullum producit effectum. Actus, ipso jure nullus, convalescere non potest.*

Essas palavras de ouro, firmadas por um eminente magistrado americano, das quaes o ministerio publico devia fazer a sua leitura de todas as manhãs, como expressão pratica do principio de toda justiça no regimen americano, o principio de que a lei, "não como idéa abstracta, mas como norma positiva de todos os poderes, é a suprema força no governo" [2], compendiam tres dogmas fundamentaes de nosso direito politico: o de que os actos inconstitucionaes do Congresso, ou do poder executivo, são nullos; o de que sua nullidade se authentica pelos tribunaes; o de que, pronunciada pelos tribunaes,

---

[1] Cooley, *Const. Limit.*, pag. 224: "When a statute is adjudged to be inconstitutional, *it is as if it had never been.* Rights cannot be built under it; contracts which depend upon it for their consideration are void; it constitutes a protection to no one who has acted under it, and no one can be punished for having refused obedience to it *before the decision was made.* And what is true of an act void *in toto* is true also as to any part of an act which is found unconstitutional, and which, consequently, *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force*".

[2] Allen Butler: *The origin of the Supreme Court.* Carson, II, pag. 605.

a nullidade abrange toda a existencia do acto, retroagindo até á sua decretação, e obliterando-lhe todos os effeitos.

Em face destas verdades rudimentares, que sinceramente não se podem contestar sob as nossas instituições actuaes, como argumentar a favor dos effeitos de um acto governativo com a efficacia legal desse mesmo acto, cuja illegalidade é exactamente o que se demonstra, cuja nullidade é precisamente o que se reclama? Haverá petição de principio mais palmar, circulo vicioso mais flagrante?

Não é exacto, sob este regimen, absolutamente não o é, que "os actos do poder publico se mantenham em pleno vigor, emquanto pelos meios regulares e pelo poder competente *não são revogados.*" A justiça federal *não revoga* os actos inconstitucionaes dos outros poderes; mas é seu estricto dever recusar-se a contribuir para sua applicação, isto é, deixar, por essa parte, de applical-os, quando lhe surdam por deante, nos casos particulares, submettidos ao seu julgamento. De modo que um decreto, executivo, ou legislativo, poderá durar cem annos no repositorio geral dos actos do governo, sem revogação do poder competente para revogar, mas invalidado pelas decisões do poder competente para o garantir.

A essas decisões do poder judiciario "os outros dois poderes são subordinados", para me

servir da phrase de STORY. [1] Ellas constituem "a lei nacional"; e das resistencias, que, por parte do governo ou do Congresso, encontrarem os tribunaes no exercicio dessa funcção, *o recurso será para elles mesmos.* [2] Neste systema é a soberania constitucional (*the sovereignty back of the government*) que define e protege os direitos individuaes, assim contra todas as forças extra-governativas, como contra as invasões arbitrarias do proprio governo. A soberania constitucional investe os tribunaes da União no poder de interpretar as clausulas da Constituição concernentes aos direitos e immunidades individuaes, abrigando-as contra o arbitrio da legislatura, ou do executivo. E' DEVER CONSTITUCIONAL DO EXECUTIVO CURVAR-SE ÁS SENTENÇAS DEFINITIVAS DA JUSTIÇA FEDERAL ACERCA DE DIREITOS E IMMUNIDADES INDIVIDUAES, E EXECUTAR AS LEIS DE ACCÔRDO COM ESSAS DECISÕES." [3]

---

[1] *Commentaries*, I, pag. 276: "There is a final and common arbiter provided by the Constitution itself, to whose decisions *all others are subordinate;* and that arbiter is the supreme judicial authority of the courts of the Union".

[2] COOLEY, *General Principles of Constit. Law*, pag. 139: "Their judgements thus become *the law of the land* on the points covered by them, and a disregard of them wether by private citizens, or by officers of the government, could only result in new controversy, to be finally determined by the judiciary in the same way".

[3] BURGESS, *Political Science*, vol, I, pag. 178: "It is the constitutional duty of the executive *to obey* the final decisions of the United States judiciary *in regard to private rights and immunities, and to execute the laws in accordance therewith*".

E, si porventura, *como regra extensiva a todos os casos semelhantes,* as opiniões judiciaes, que servirem de base a esses julgados, encontrarem impugnação nos outros dois poderes, *como solução do caso julgado,* pelo menos, a parte preceptiva das sentenças é inviolavel *e positivamente coercitiva* para o governo, assim como para a legislatura. "Si as camaras e o executivo não se considerarem adstrictos ás interpretações constitucionaes adoptadas pelos juizes *nos considerandos* do julgamento, ha, em todo caso, um ponto capital, superior a controversia: *o aresto é soberano na especie* e obrigatorio para as partes, *sejam quaes forem.* E' o ponto essencial da questão; porque todo individuo, lesado por uma lei nos direitos que a Constituição lhe attribue, pode travar lide nos tribunaes, e, si estes lhe derem razão, a lei, notada de inconstitucional, não se lhe applica." [1]

Muito menos colhe ainda a evasiva de que, "si o acto em questão encerra exorbitancia administrativa, o chefe do Estado, com decretal-o, tornou-se passivel de accusação, cuja procedencia, uma vez reconhecida, importaria na suspensão de suas funcções constitucionaes." (Const, art. 53, paragrapho unico.) Certamente sobre tal ponto

---

[1] De Noailles, II, pag. 194.

ninguem questiona. Mas a expiação criminal não exclue a reparação civil; nem a jurisdicção para conhecer do delicto se confunde com a competencia para sentencear sobre a espoliação da propriedade, que elle envolve. Tamanho é o abysmo entre as duas idéas que "a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil." (Cod. Pen., art. 31.)

Depois, nos crimes da procedencia que agora nos occupa, o fôro constitucional é o do senado; ao passo que, para a reintegração dos direitos pessoaes violados, a alçada propria é a das justiças communs. O presidente da Republica poderia ser absolvido criminalmente no fôro de seu privilegio, sem que essa decisão inhibisse os tribunaes civis de reconhecerem a transgressão de direitos constitucionaes, e mandarem restabelecel-os. Isto não só pela natureza da regra, que, ainda nos casos ordinarios, firma a independencia entre a justiça penal e a civil, entre as sentenças expiatorias do crime e as sentenças reintegrativas da propriedade,—como porque o senado, em sua capacidade de tribunal de excepção, não exerce, por nenhum titulo constitucional, a soberania (que a Constituição nega ao proprio corpo legislativo no seu triplice organismo, na sua integridade plena) de cercear o poder dos tribunaes federaes quanto á defeza dos direitos do individuo contra arbitrios do governo, ou do Congresso.

Concluindo, portanto, posso dizer:

Os actos inconstitucionaes, que attentam contra a inamovibilidade de funcções remuneradas, importam lesão do direito de propriedade.

Logo,

As acções propostas por mim são litigios de ordem puramente civil.

Concluindo:

Si *o poder de fazer a lei não comprehende o de reformar a Constituição;*

Si *toda lei, que cerceie instituições, ou direitos, consagrados na Constituição, é inconstitucional*;

Si, *por maioria de razão, inconstitucionaes são as deliberações, não legislativas, de uma camara, ou de ambas, que interessarem esphera vedada ao poder legislativo* [1];

Si *toda medida executiva, ou legislativa, que for inconstitucional, é, de sua essencia, nulla*;

Si *actos nullos da legislatura não podem conferir poderes validos ao executivo* [2];

Si *aos tribunaes federaes compete declarar a nullidade dos actos legislativos, eivados de inconstitucionalidade* [3];

Si *a nullidade dos actos inconstitucionaes do poder executivo, ou do legislativo, certifica-se por declaração judicial* [4];

Si, *no caso de violação de direitos constitucionaes do individuo, perpetrada a pretexto de funcções politicas, aos tribunaes compete verificar si a*

---

[1] Ver *supra*, fls. 23-4 destas razões.
[2] Fl. 29.
[3] Fl. 55.
[4] Fl. 61.

attribuição politica invocada abrange em seus limites a faculdade exercida [1] ;

Si *a declaração de nullidade, por quebra de direitos constitucionaes, uma vez regularmente provocada, é, para as justiças da União, além de um direito legal, um dever indeclinavel* [2];

Si o meio constitucional de provocar e exercer essa funcção judiciaria *são as acções regulares, instauradas e decididas, segundo as fórmas technicas do processo, comtanto que se adduza a inconstitucionalidade, não como objecto do litigio, mas simplesmente como fundamento da reclamação, e que esta pretenda, não a revogação do acto executivo, ou legislativo, mas a inhibição dos seus effeitos no caso vertente* [3] ;

Por outro lado,

Si *a destituição dos dois lentes exonerados em* 12 *de abril ataca directamente a Constituição e as leis federaes* [4] ;

Si a *reforma de militares, decretada a* 7 *de abril pelo presidente da Republica, ludibria com escandalo o preceito da Constituição, art.* 74 [5] ;

Si *as reformas de* 12 *de abril conculcam, tanto quanto as de* 7, *o art.* 74 *da Constituição* [6] ;

---

[1] Fl. 94.
[2] Fl. 55.
[3] Fl. 80.
[4] Fl. 99.
[6] Fl. 102.
[5] Fl. 106.

Si *umas e outras infringem, ainda, materialmente a Constituição, arts.* 77 *e* 48, *ns.* 4 *e* 5;

Si a moção de 21 de janeiro de 1892 *não delegou ao presidente attribuição alguma* [1], nem a approvação, pelo Congresso, do estado de sitio *contemplou senão os actos practicados a datar de sua declaração*, e, portanto, *o decreto inconstitucional de* 7 *de abril é arbitrio exclusivo do chefe do Estado, sem apoio, directo, ou indirecto, anterior, ou posterior, do corpo legislativo* [2];

Si, quanto aos actos subsequentes ao estado de sitio,

A *função politica do executivo, durante o estado de sitio, reduz-se, a prender, e desterrar*;

Si, pois, *demittindo, e reformando, o governo exorbitou positivamente da funcção politica;*

Si, portanto, *a approvação do estado de sitio pelo Congresso não cobre as reformas e demissões de* 12 *de abril* [3];

Si, de mais a mais, *ainda quando legalmente decretadas, as reformas e destituições de* 7 *e* 12 *de abril estariam cancelladas pela amnistia de* 5 *de agosto* [4];

Si *os actos inconstitucionaes, que attentam contra a inamovibilidade de cargos remunerados importam lesão do direito de propriedade*;

---

[1] Fl. 117.
[2] Fl. 119.
[3] Fl. 135.
[4] Fl. 139.

Si, por consequencia, *as acções propostas são de ordem puramente civil* [1] ;

A juridicidade do libello, na substancia e na fórma, é irrefragavel. E' indubitavel a competencia, e a justiça da reclamação impõe-se com a necessidade das certezas irresistiveis.

Dando, pois, á reclamação de meus clientes a fórma e a direcção, que lhe dei, longe de confundir espheras constitucionaes, de subverter o direito politico e administrativo, não fiz mais que usar desse instrumento de reparação, natural e comesinho neste regimen, que o mestre germanico do direito americano definiu nestas palavras [2] : " Para ser ouvida nos tribunaes, a controversia ha de assumir a fórma de litigio regular. Instaurado elle nestas condições, nem por isso lhes cabe sentencearem *directamente* acerca da constitucionalidade das leis, ou de outros actos do governo.

---

[1] Fl. 148.

[2] H. von Holst : *Das Staatsrecht der Vereinigten Staaten von America.* Freiburg, 1885 (Marquardsen's *Handbuch des Oeffentlichen Rechts*, IV, Band, I. Halbband, 3. Abtheilung), pag. 35.

" Zunächst musz die Kontroversie die Gestalt eines konkrete n Rechtsstreites angenommen haben, um überhaupt vor die Gerichte zu kommen, und ist sie in dieser Form vor sie gebracht, so sitzen sie doch die direkt über die Verfassungsmäszigkeit von Gesetzen oder sonstigen Regierungshandlungen zu Gericht, sondern entscheiden über dieselbe gegebenen Falles nur mittelbar durch die Motivirung des Urtheiles in dem konkreten Rechtstreit. Eigentlich entschieden wird immer nur der Fall und absolut verbindlich für alle Einzelnen und alle staatlichen Gervalten ist darum auch immer nur das Urtheil über den Fall. Da aber anzunehmen ist, dasz in allen analogen Fällen die gleiche Entscheidung gestält werden würde, hat die Motivirung des Urtheils mit der Verfassungsmäszigkeit oder Verfassungswidrigkeit eines Gesetzen in der Regel auch die Wirkung einer wirklichen Entscheidung dieser Fragen. "

Si os tribunaes se occupam de questões constitucionaes, a proposito da especie que se offerece, é unicamente no expender os argumentos do julgado. Estrictamente fallando, apenas se liquida o caso particular; de modo que a decisão obriga a todos os individuos e a todos os poderes politicos, mas unicamente nos limites da hypothese ventilada. Aliás, sendo para suppor que identico será o julgamento em todos os casos analogos, o exame da constitucionalidade das leis, na motivação de uma sentença, importa, de ordinario, em verdadeira sentença acerca da constitucionalidade das leis." [1]

[1] E' em resultado dessa presumpção que se entende, nos Estados Unidos, que uma lei, cuja inconstitucionalidade for reconhecida por sentença definitiva da justiça federal, pode ser impunemente affrontada e desobedecida em todo o paiz, não havendo mais juizes, que a executem. ALEXANDER JOHNSTON: *Judiciary*. LALOR'S *Cyclopædia of Political Science*, vol. II, pag. 650.

Solemnia verba

Desusada é a extensão, que tive de dar a este debate. Mas não creio, ainda assim, que exceda os limites á attenção, de que é credor. A questão era virgem no fôro brasileiro. Os interesses, que envolve, são, por suas affinidades, dos de mais alto alcance, que já se discutiram perante uma Constituição livre. A doutrina combatida representa uma das maiores degenerações registraveis na historia das opiniões politicas. Esse poder executivo, que tem no seu proprio arbitrio o salvo-conducto para todas as affoitezas contra a liberdade individual, que expede contra os direitos constitucionaes ukases de autócrata, inaccessiveis á acção da magistratura, que imprime á illegalidade de seus actos a virtude contradictoria de gerar effeitos legaes, que flammeja acima do poder judicial, fulminando penas, cuja severidade os proprios tribunaes não poderiam impôr, como a privação da vitaliciedade, em casos nos quaes o Codigo Penal a não admitte, que torreia a cavalleiro da legislatura, decretando incapacidades, cuja creação ella não poderia legislar, que se enthroniza, superior á propria Constituição, na eminencia de soberania constituinte, derogando a lei fundamental, cujos mandamentos só o povo constituintemente po-

deria derogar, essa especie de monstro novo devia ser cuidadosamente desfibrado. Era mister considerar pacientemente a teratogenia do apocalyptico absurdo, e dissecal-o tecido a tecido, nesse escrupuloso trabalho de histologista que ahi tendes.

Ainda agora, ao deixal-o, fadigado da tarefa de laboratorio, os olhos involuntariamente se desviam para as extravagancias dessa theoria, cuja singularidade hypnotiza, como o capricho de certas anomalias organicas, nas quaes a natureza parece comprazer-se em zombar de si mesma.

Deante de cidadãos que clamam á barra do tribunal, entre a Constituição e o attentado victorioso contra ella, quer-se que o poder judiciario profira uma denegação de justiça! Isto, sob instituições de molde americano, cuja feição especifica e capital [1] consiste na sobreeminencia do poder judiciario aos outros ramos do governo, por sua competencia para rejeitar os actos inconstitucionaes de qualquer delles [2], — quando, aliás, nas proprias monarchias parlamentares, onde é mal limitada a esphera do executivo, essa auctoridade se reconhece aos tribunaes a respeito das deliberações deste poder, contrarias á carta fundamental. " Os que negam ao poder judicia-

---

[1] H. Hitchcock, *American State Constitutions* (N. York, 1887), pag. 56: "This unique and most important feature of our system."

[2] Stuart Mill: *Representative Government*, pag. 304.

rio ", diz um dos mais egregios publicistas italianos, " a faculdade de declarar inconstitucional, como opposto á lei, um acto do poder executivo, raciocinam apenas segundo o criterio politico, criterio que absorve muitas vezes a questão juridica, quando aliás aqui se tracta exclusivamente de direito. Exactamente porque, reconhecendo tal faculdade só ao parlamento, não protege o individuo, o qual desapparece sempre na questão politica, e porque é necessario que todo cidadão encontre o abrigo tutelar da acção juridica, ou, como dizem os inglezes, que a cada injustiça corresponda o seu remedio legal, cumpre que essa faculdade se confie a um poder *não politico*, applicador exclusivo do direito. " [1]

Precisamente em sentido contrario, aqui descobriram os apologistas da tyrannia de abril, mãe legitima do governo de clubs e sedições, que basta rebuçar um abuso da força na phantasia de "acto politico", para condemnar ao irremediavel os direitos, que elle suffocar.

Por maior garantia de irreparabilidade, imaginaram sobrevestir ao arbitrio do governo o arbitrio do Congresso, acreditando que a gravidade de um attentado se dirime pela collaboração de uma cumplicidade mais alta. Para alterar qualquer das disposições constitucionaes feridas

[1] Arangio Ruiz: *Delle guarentigie costituzionali* (Nap., 1886), vol. I, pag. 235.

nos decretos de abril, o Congresso Federal não teria competencia. Precisaria de appellar para uma constituinte. E, todavia, esse mesmo Congresso poderia annullar qualquer desses direitos, ou todos elles, conferindo, por moções politicas, ou ratificando, por *bills* de indemnidade, ao presidente da Republica a faculdade ampla de conculcal-os. Não teria meio de reformar a Constituição, porque a faculdade de modifical-a não pertence a nenhum dos poderes, cuja auctoridade della nasce; mas pode abolil-a, conferindo ao executivo carta branca e irresponsabilidade prévia, para quebrar todas as instituições constitucionaes, que o contrariarem.

Esses publicistas poderiam fallar, em beneficio do executivo e das facções deliberantes no Congresso, a linguagem, com que outr'ora, nos Estados Unidos, se advogou a omnipotencia das Convenções: "Nós somos a soberania do Estado. Somos o que o povo do Estado seria, si se achásse, como nos achamos, reunido aqui em assembléa. Somos o que Luiz XIV dizia ser: "O Estado somos nós." Podemos pisar aos pés a Constituição como um trapo inutil de papel; e a ninguem temos que dar contas, senão ao povo." [1] Mas o interesse, que, em nome do povo, substituindo-se a elle, trovejava essas blasphemias, era

[1] JAMESON; *On Constitutional Convention*, pag. 304.

o da grande conspiração, que, em proveito do captiveiro, convulsionou os Estados Unidos, e culminou, em 1861, na guerra separatista. [1] Não admira que ellas renasçam aqui sob os auspicios da guerra civil e da dictadura jacobina. O formulario das usurpações é sempre o mesmo.

Mas, si o codigo de nossos tribunaes não é o direito demagogico, explorado ora pelas sedições, ora pelas dictaduras, em nome da nação, que umas e outras flagellam,—haveis de reconhecer que a dignidade excepcional da justiça, neste regimen, não foi instituida, senão para defender o individuo contra a massa, o cidadão contra o poder, a legislatura contra o executivo, o povo contra a legislatura, a Constituição contra as leis, a estabilidade dos direitos fundamentaes contra o despotismo administrativo, ou o despotismo deliberante, contra a politica das secretarias, ou a politica das assembléas. "A principal funcção sua, a mais ampla de todas, está em ser o presidio e o abrigo da Constituição, que a creou como inabalavel alicerce juridico, onde assenta o nosso systema de governo. Si esse pacto fosse deixado unicamente como roteiro á legislatura, para se interpretar e executar á luz de exigencias de partido e combinações de occasião", dizem os americanos, dentro "em pouco estaria convertido na sombra de uma aucto-

[1] JAMESON, *ib.*, pag. 309.

ridade sem existencia real, fertil em discordias, que seria incapaz de apaziguar." [1] A previdencia americana viu de longe esses riscos, e, por evital-os, "submetteu os direitos individuaes á protecção judiciaria, não só contra o governo da nação, como contra os representantes do povo." [2]

E' neste sentido que, temperando o poder ao chefe eleito do governo e ao corpo legislativo, a auctoridade dos tribunaes, orgam reparador da Constituição, onde se cristaliza a vontade permanente do povo contra seus movimentos passageiros [3], pode considerar-se como a

---

[1] EDWARD J. PHELPS: *The Supreme Court and the Sovereignty of the people.* CARSON'S *Supr. Court*, II, pag. 687.

[2] *Ibid.*, pag. 691.

HENRY SIDGWICK, *The elements of politics* (Lond., 1891), pags. 343-4: "... the importance of keeping the executive within the restraints of law: since such restraints can hardly be expected to be effective; unless the question wether acts done by executive officialsare or are not illegal can be referred — *in the last resort — to the judicial decision of some organ independent of the executive.*

"The expediency of making the judicial organ distinct and independent of the legislature is no less obvious, so far as *the ordinary legislature is bound to conform to constitutional laws which can only be modified by an extraordinary legislature*: since in this case — *no less than in that of the executive* — the obligation of conforming to the law cannot be effectually enforced, uuless there is a judicial body independent of legislature, COMPETENT TO PRONOUNCE ON THE VALIDITY OF LEGISLATION."

Note-se: não é um auctor americano; é um publicista da patria da omnipotencia parlamentar, a Inglaterra, quem assim se pronuncia categoricamente pela competencia indispensavel da justiça, para entender da validade das leis ordinarias perante a Constituição.

[3] WILLIAM CRANE *and* BERN. MOSES, *Politics, an introduction to the Study of Comparative Constitutional Law* (New York, 1884) c. XIV, pag. 198: "When there is a written constitution, and the legislative power is limited to certain enumerated subjects, the question will naturally arise, who shall determine *when the occasional will of the nation conflicts with its permanent will?* If the decision is left to the legislative department, the legislature will naturally, by construction, extend its power."

verdadeira segurança da soberania nacional. " Pela logica inexoravel dos sãos principios constitucionaes veiu a passar em julgado que os direitos do povo encontram a extrema e suprema garantia, não na assembléa popular, não em mecanismos de sua feitura, mas, dentre todas as instituições do regimen, naquella que mais longe está do alcance popular, e gyra, até onde é possivel a uma instituição, independente do sentimento publico, invulneravel á investida das maiorias. Originaria da soberania do povo, é a trincheira do povo contra seus movimentos irreflectidos, contra suas vontades transviadas, salvando-o, não de seus inimigos, mas delle mesmo. " [1]

Realizado nas condições organicas da nossa magistratura, o principio de que a justiça deve ser " não menos independente do povo que do governo " [2] habilita o poder judiciario para os deveres excelsos de sua missão, que " tem como principio e como fim elucidar as intenções do povo no caracter de legislador supremo ". [3] Entre a vontade estavel da nação, transfun-

---

[1] EDVARD J. PHELPS, *op. cit.*, pag. 694.

No mesmo sentido, DAVIS, *American Constitutions*, pag. 62: "...So that to clothe the courts with these unusual powers indicates no distrust of democratic institutions, but rather an appeal from the passions to the better judgement, to the calm conscience of the people."

[2] SHELDON AMOS: *The science of politics* (Lond., 1883), c. VI, pag. 249.

[3] BRYCE: *American Commonwealth*, I, pag. 338.

dida na lei fundamental por um acto creador, e as ephemeras aspirações das maiorias passageiras, que contendem pela posse da delegação popular, immolando muitas vezes a legalidade ao interesse, os tribunaes concretizam, por fortuna da sociedade, o primeiro elemento contra o segundo. " Si o corpo legislativo, sujeito aos accessos desorganizadores da opinião publica, adoptar leis inconstitucionaes, que meio teremos de preservar a Constituição como contracto vivo e sagrado? Não ha durabilidade, ou continuidade regular, na existencia juridica de uma nação, onde não exista um poder, exterior ao legislativo, que decida si este ultrapassou as suas raias." [1] O contrario seria appellar dos partidos para os partidos, dos excessos para os excessos, das reacções para as reacções. " Si não se estabelecer, nos estados constitucionaes, um poder, que vele pela Constituição, e a fortifique contra as invasões da legislatura, ou do executivo, bem cedo a Constituição não será mais que um mero simulacro, efficaz unicamente contra o povo, impotente contra os abusos da auctoridade." [2] A justiça fluctuará, como a politica, ao sopro das paixões, deshonrada no espolio dos triumphos da ambição. " Cidadãos e administradores não se acharão no mesmo terreno perante os tribunaes. Os validos

[1] THEODORE D. WOOLSEY: *Political Science, or the State*, vol. II, pag. 331.
[2] *Ib.*, pag, 333.

do dia supplantarão tudo sob seu poder, ou corromperão tudo pelo seu valimento ; e dest'arte a maxima fundamental de que a republica é um governo de leis, não de individuos, acabará por ser tacitamente desmentida, ou abertamente abandonada. " [1]

Dirão talvez que advogo a nacionalização entre nós de praxes arriscadas a despertarem no animo dos poderes politicos zelos ameaçadores contra a justiça. O exemplo da União Americana evidencía o contrario. Graças precisamente a essa repressão das inconstitucionalidades legislativas pelos tribunaes, as assembléas populares consideram alli o poder judiciario "antes como auxiliar do que como rival." [2] O dever judiciario de aquilatar as leis, despresando como nullas as inconstitucionaes (refere COOLEY), "e a conscienciosa firmeza, com que esse dever se observa, tem produzido resultados curiosos e imprevistos, entre os quaes não é dos menos notaveis o modo, por que, ás vezes, o corpo legislativo se manifesta propenso a descarregar nos tribunaes responsabili-

[1] STORY: *Constitution of the Un. States*, vol, II, pag, 425, § 1613.

CHRISTOPHER G. TIEDEMAN, *The unwritten constitution of the United States* (New York, 1890), c. XII, pags. 159-60 : "...Mas inuteis seriam todos esses freios e contrapesos, estabelecidos numa Constituição escripta, si não se predispuzessem logo os meios de assegurar-lhes a observancia nessa extraordinaria e excelsa prerogativa, que habilita os tribunaes a declararem quando contende com preceitos constitucionaes o acto da administração, ou a lei do Congresso."

[2] CARLIER : *La Républ. Américaine*, vol. IV, pag. 129.

dades, que propriamente a elle é que incumbem. Acontece amiude exigir o clamor publico medidas de contestavel legitimidade; e homens, cuja posição é dependente da bemquerença popular, nem sempre quererão arriscar-se ás consequencias do cumprimento de deveres impopulares. Em tal caso, é natural que sejam levados a consentir na adopção de leis, cuja nullidade percebem, fiados na recusa dos tribunaes a executal-as. " [1]

Não obstante o pendor ingenito dos corpos democraticos a receberem suspeitosamente qualquer temperamento ao seu arbitrio, muitas vezes se tem visto, nos Estados Unidos, " eleitos do suffragio popular renderem homenagem á magistratura inamovivel, encarregada de notar-lhes os actos, e felicitarem-se altamente de sua intervenção bemfazeja. " Quando, nos debates sobre a applicação do *Kansas Nebraska Bill*, os homens do norte e do sul o entendiam contradictoriamente, na camara dos representantes, um destes fulminou a controversia com esta interrupção: " Nós fazemos as leis: sua interpretação pertence aos tribunaes. " [2] Em outro debate, na mesma casa do Congresso, um de seus membros mais notaveis pela sciencia e pelo patriotismo teve, a esse respeito, uma linguagem, que os grandes

---

[1] Cooley, n. a Story, *Commentaries* (Bicelow's edit.), vol.II, pag. 398.

[2] Von Holst: *Verfassungsgeschichte der Vereinigten Staaten*, t. III, pags. 574–5 n. Apud De Noilles, II, p. 210.

commentadores da Constituição rememoram como classica. " Tem-se objectado ", disse elle, " que, adoptando este projecto, expomos a medida a ser examinada e rejeitada pelo poder judiciario federal, que poderá qualifical-o de contrario á Constituição e, portanto, irrito, negando-se a dar-lhe effeito. Esta consideração não me inquieta. Longe estou de impugnar esse direito dos tribunaes, que só me inspira ufania e confiança. A fiscalização dessa auctoridade infunde-me resolução mais tranquilla nas questões de natureza constitucional, qnando reflicto em que, si, por inadvertencia, falta de lucidez, ou qualquar outro senão, adoptassemos deliberações condemnaveis, ha, no governo, um poder competente, para evitar a applicação de medidas injustas aos meus constituintes. As leis, que legislamos, interessam á nação inteira e ás gerações nascituras. E', portanto, uma gloria para a Constituição encerrar em si remedio até para os erros lagislativos. " [1]

Uma prerogativa, que tem após si essa historia abençoada, que representa essa magestade coroada pelo respeito universal, abonançadora de paixões, cicatrizadora de injustiças, conciliadora de conflictos, não devia morrer entre nós, tão carecentes desse remedio, aos seus primeiros

[1] Cit. em Story, II, pag. 426

ensaios. Ou aliás seriamos um torrão maldicto para o bem, ainda quando sua pratica é tão simples, que está pedindo aos homens apenas um pouco de consciencia e honestidade. Na União Americana essa prerogativa não cessa de crescer, enormemente augmentada por todas as reformas constitucionaes. [1] "O periodo colonial assignalou-se pela dominação do executivo, eclipsando os outros poderes; mais tarde, no calor da revolução, o sentir do povo não admittia senão a absoluta supremacia do Congresso. O fructo sazonado da experiencia americana, porém, é essa idéa hodierna do governo constitucional, que eleva o poder judiciario a uma posição independente e augusta, collocando a lei, serena, impessoal, impassivel, no sanctuario intimo do templo, resguardada de contactos profanos." [2]

O inglez, soberbo de suas instituições, que geraram, pode se dizer, a familia gloriosa das Constituições modernas, o inglez não occulta sua inveja por essa creação maravilhosa, que põe a

---

[1] LOWELL: *Essays in government*, pags. 56, 57.
"The power lodged with the courts appears to be one of the most stable features of our government; and in fact we are so accustomed to see judicial decisions readily accepted and implicitly obeyed, that we cannot help attributing to them a mysterious intrinsic force. We are naturally in the habit of ascribing to the courts a sort of supernatural power to regulate the affairs of men, and to restrain the excesses and curb the passions of the people." *Ib.*, pag. 127.

[2] HORACE DAVIS: *American Constitutions*, pags. 62-3.

justiça de guarda á lei fundamental, em defeza do poder constituinte, contra a rebeldia dos poderes constituidos. "Confesso que não costumo invejar os Estados Unidos", dizia, ha onze annos, LORD SALISBURY, em Edimburgo. "Mas ha um traço, em suas instituições, que me parece digno da maior inveja *(which appears to me the subject of the greatest envy)*: é a magnifica instituição da Côrte Suprema. Si os Estados Unidos, si as camaras alli adoptarem qualquer medida infensa á Constituição do paiz, ha um tribunal, que a paralyzará; e este facto dá ás instituições nacionaes uma estabilidade, que em vão esperamos sob o nosso systema de vagas e mysteriosas promessas." [1]

Naquella patria por excellencia do genio da liberdade constitucional, espiritos dos mais refractarios a novidades trocariam de bom grado por esse ascendente do poder judiciario a omnipotencia do parlamento, si esta instituição soberana, nas Ilhas Britannicas, não encerrasse em si, por uma evolução de mais de sete seculos, a propria Constituição nacional. Os fundadores da Constituição republicana no Brasil, a que na velha Europa não tem de todo faltado a justiça

---

[1] Cit. em ANDREW CARNEGIE: *Triumphant Democracy* (N. York, 1888), pag. 369.— Cf. BRYCE, *American Commomvealth.* pags. 339–40.

dos competentes [1], puzemos, no traçar do novo edificio, especial attenção em reproduzir essas linhas do exemplar classico. E nós bem conheciamos a verdade, que o ministro dos Estados Unidos em Londres, M. PHELPS [2] accentuara em seus estudos sobre a organização constitucional de seu paiz: "Si a Constituição americana estivesse sob a custodia do poder legislativo, e não, como está, sob a do poder judiciario, muito ha que já não existiria: teria sido modificada e desfeita pelas ambições pessoaes e pelas paixões dos partidos." E' de fazer perder a esperança na regenerabilidade de um povo esta conspiração de sophismas, para lhe falsear a grande conquista, no primeiro embate, em que ella se vê, com essas paixões partidarias e essas ambições pessoaes, contra cujo trabalho destruidor, aqui, como na America do Norte, se instituiu o preservativo da justiça federal.

Ainda espero que os juizes de minha terra não ficarão abaixo de seu papel providencial. Conto

---

[1] LEON DONNAT, *Critique de la Constitution brésilienne*, pag. 18: "La Constitution brésilienne est rédigée avec soin; la conception en est savante, les divisions en sont bien tracées, le langage en est clair. Nous avons indiqué quelques modifications désirables, laissé entrevoir quelques réserves. Sous le bénéfice de ces observations, suggerées par notre admiration et notre sympathie pour la grande œuvre que le Brésil poursuit en ce moment, nons avons à la fois le désir et l'espérance de voir la Constitution approuvée par le Congrès."

E' á Constituição promulgada pelo Governo Provisorio em 22 de junho de 1890 que se referiam estas palavras, com que o auctor da *Politique expérimentale* remata o seu estudo.

[2] Na *Contemporary Review*.

que, ao menos no terreno da justiça civil, salvaremos os direitos constitucionaes deste chaos de vontades prepotentes; porque, " quando o arbitrio fere sem escrupulo os homens, que se lhe tornam suspeitos, não é só um individuo que elle persegue: é a nação inteira que principia por indignar, e acaba por degradar." [1] Si os tribunaes, pela jurisprudencia de seus arestos, não refreiarem os maus instinctos de nosso partidismo. habituando-o a reconhecer no pacto federal uma lei superior aos legisladores, na soberania do povo um principio que não se confunde com o imperio dos governos e das assembléas [2], educando-o no sentimento de que as Constituições não se fazem menos para as epochas tempestuosas do que para os tempos ordinarios, de que não ha emergencia capaz de justificar o uso de poderes não permittidos [3], não tardará muito em vermos a obra auspiciosa de 1889 e 1890 nivelada ao qualificativo de BURKE sobre a Constituição franceza de 1793: *um digesto de anarchia.* [4]

Si, na phrase de WASHINGTON, ao nomear

---

[1] BENJAMIN CONSTANT: *Principes de Politique*, ed. de 1861, pag. 145.

[2] JOHN MARSHALL, *Cohens v. Virginia*: "The people made the Constitution, and the people can unmake it. It is the creature of their will, and lives only by their will. But this supreme and irresis ible power to make and to unmake *resides only in the whole body of the people*, not in any subdivision of them."

[3] CHARLES A. KENT, *The Supreme Court since 1864:* "Constitutions are made *for all times alike, and no emergency can justify the exercise of powers not granted.*"

[4] "A digest of anarchy."

os primeiros membros da Suprema Côrte Federal, o poder judiciario, neste regimen, " é a columna mestra do governo do paiz " [1]; si, ainda nas expressões de WASHINGTON, annunciando a JAY a sua escolha para a presidencia do grande tribunal da União, essa instituição grandiosa, adoptada por nós, é " a chave de abobada do nosso edificio politico " [2], a magestade incomparavel, a preexcellencia suprema dessa creação, indubitavelmente a mais importante entre todas as dos estadistas que fizeram a Constituição americana [3], reside, em sua essencia, na faculdade, reconhecida aos tribunaes, de manterem a Constituição contra os excessos do poder, que faz a lei, e do poder, que a executa. Si os juizes brasileiros abdicarem essa auctoridade, a Constituição republicana ruirá lamentavelmente num esboroamento irreparavel, construcção magnifica, que desaba em momentos, mal lhe retiraram os simples. E' que lhe terá faltado o que não depende da sciencia do architecto: esse cimento que não se substitue, nem se crêa, o elemento, humano, a consciencia juridica e a energia moral.

---

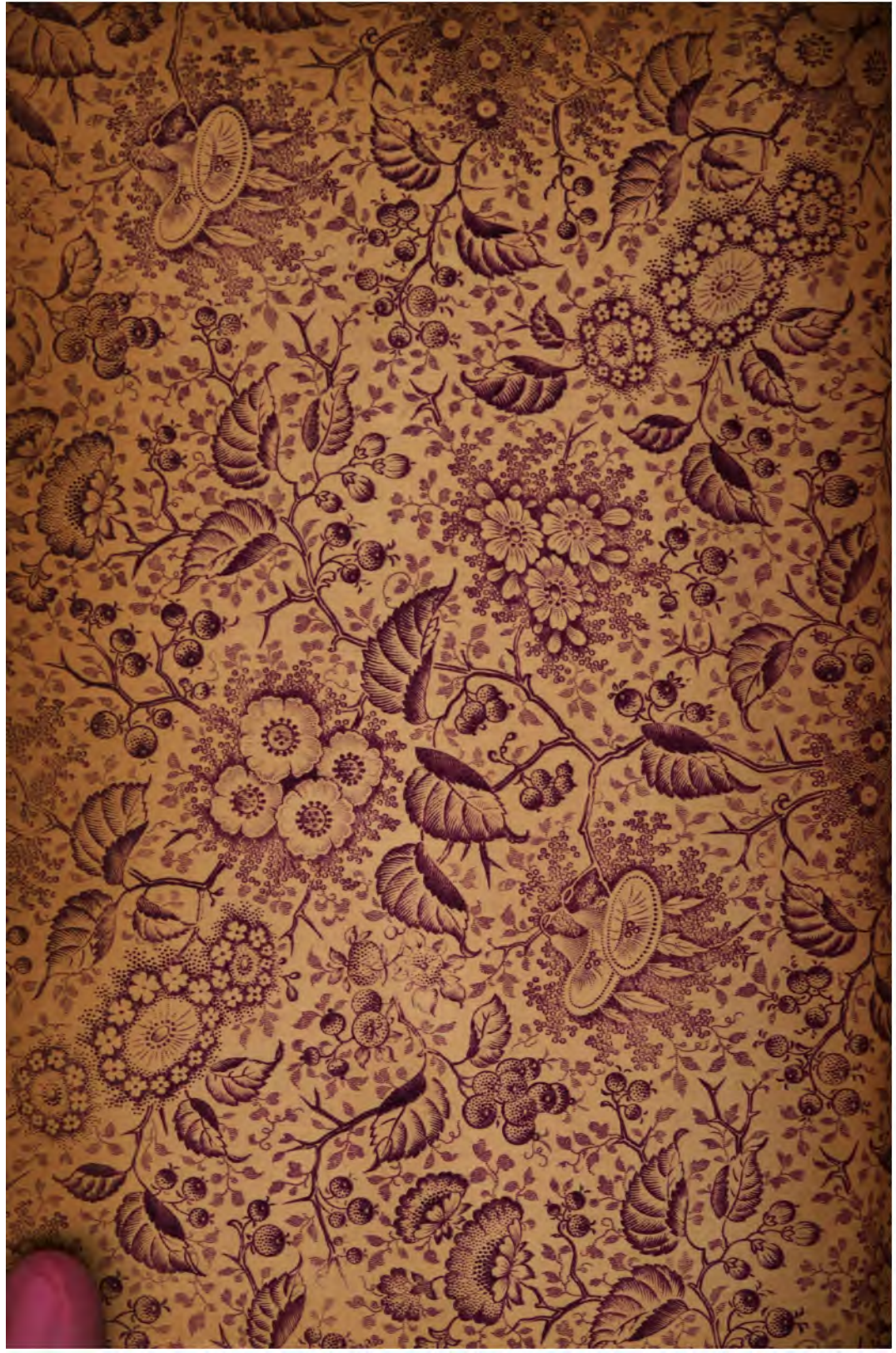
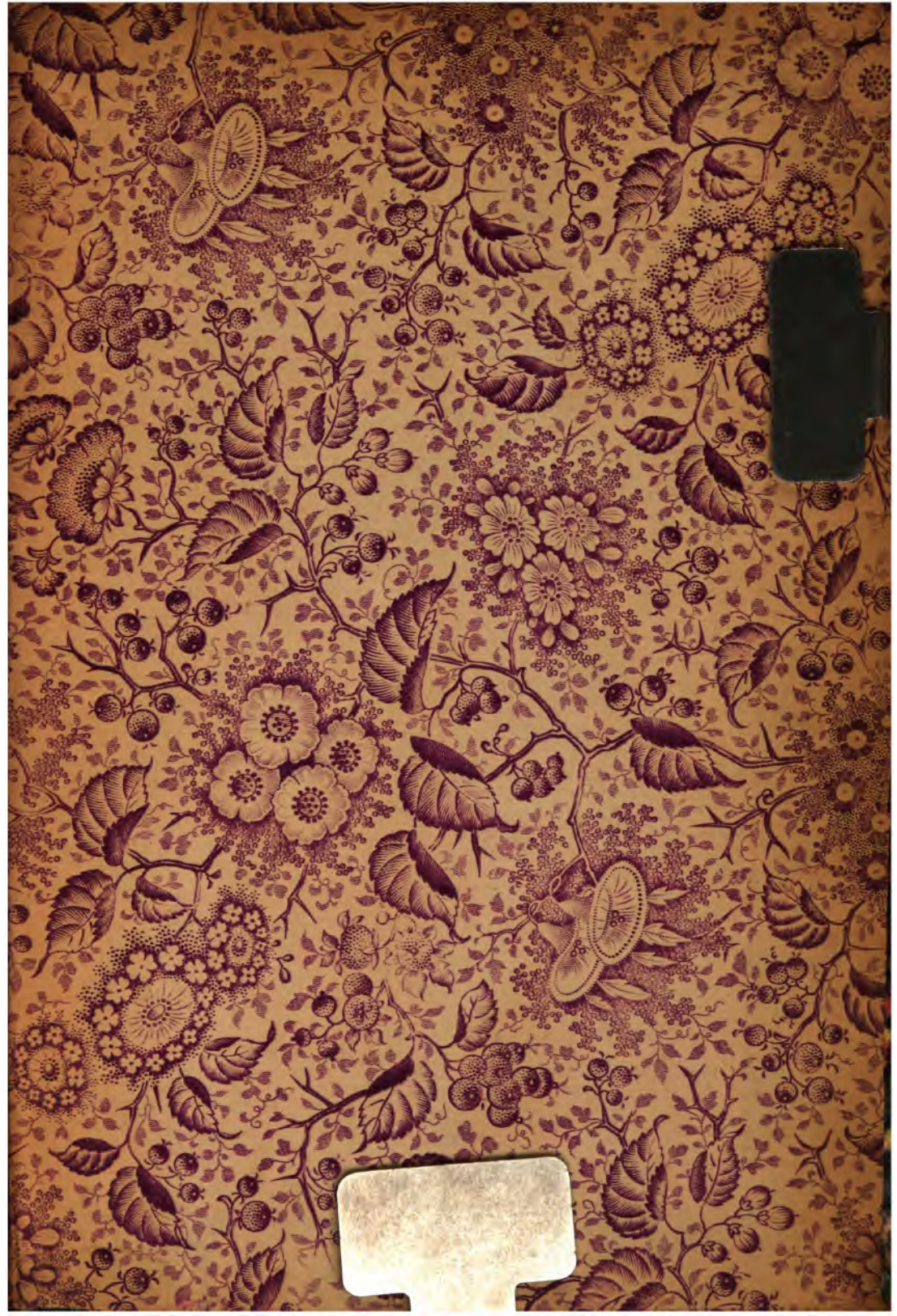
[1] The Writings of GEORGE WASHINGTON. By JARED SPARKS, vol. X. (Boston, 1836), pag. 35. *Letter to the associate judges of the Supreme Court:* "Considering the system as the chief pillar upon which our national government must rest... "

[2] *Ib.*, pag. 36. *Lett. to John Jay* : " ... that department, which must be considered as the key-stone of our political fabric. "

[3] JOHN FISKE : *American political ideas viewed from the standpoint of Universal History*, pag. 99.

De nada serviria ao povo que suas instituições baixassem do céo, ou fossem directamente, plantadas por mãos divinas, si a terra, onde caem, não fosse capaz de produzir a inteireza de animo e a coragem do dever, para as executar. O espirito do estadista constroe as garantias; mas, si não houver *homens* no meneio da machina, "quem garantirá as garantias?"

Não creio que seja chegada a crise extrema de levantarmos esse grito de desespero; porque não posso convencer-me de que este ultimo appello aos tribunaes de minha patria morra no deserto. E' ainda com um resto de fé que hoje os exoro, pae dirigindo-me a paes, senão em nome do interesse de nossa epocha, já no occaso, ao menos no da de nossos filhos, condemnados ao amargor dos fructos de nossas fraquezas. "Recordae-vos, juizes", como dizia d'AGUESSEAU, "que, si sois elevados acima do povo, que vos circumda o tribunal, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgaes a sua causa; mas elle julga a vossa justiça; e tal é a fortuna, ou a desventura, de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a vossa virtude, nem os vossos deffeitos."

Rio, 31 de março, 1893.

Ruy Barbosa.